

Monopolkommission

Sondergutachten 57

**Post 2009:
Auf Wettbewerbskurs gehen**

**Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG (1996)**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	9
Kurzfassung.....	11
1. Regulatorische Rahmenbedingungen.....	23
1.1 Markteintrittsregulierung.....	23
1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen.....	23
1.1.2 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz.....	25
1.2 Erbringung des Universaldienstes.....	27
1.2.1 Europäischer Rechtsrahmen.....	27
1.2.2 Nationaler Rechtsrahmen.....	27
1.3 Vertretung im Weltpostverein.....	31
2. Entwicklungen in den Postmärkten.....	34
2.1 Marktentwicklung in europäischen Ländern.....	34
2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie.....	34
2.1.2 Marktentwicklung in ausgewählten Ländern.....	36
2.2 Marktentwicklung in Deutschland.....	39
2.3 Entwicklung der Deutschen Post AG.....	44
2.4 Beurteilung der Marktentwicklung.....	46
3. Wettbewerbspolitische Problemfelder.....	48
3.1 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner.....	48
3.2 Mindestlöhne im Briefbereich.....	50
3.2.1 Beschäftigungssituation im Briefbereich.....	52
3.2.2 Einschätzung der Monopolkommission.....	56
3.2.3 Zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes.....	59
3.3 Umsatzsteuerbefreiung: Status quo und Reformvorschläge.....	61
3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung.....	61
3.3.2 Europäischer Rechtsrahmen.....	65
3.3.2.1 EuGH-Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84.....	66
3.3.2.2 EuGH-Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07.....	68
3.3.3 Konsequenzen für Reformentwürfe in Deutschland.....	69
3.3.3.1 Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion.....	70
3.3.3.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung.....	71
3.3.3.3 Inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion.....	76
3.3.4 Reforminitiative für den europäischen Rechtsrahmen.....	77
3.4 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung.....	78
3.4.1 Kritik am Einzelgenehmigungsverfahren.....	79
3.4.2 Kritik am Price-Cap-Verfahren.....	81

3.4.3 Sonderproblematik: Individuelle Rabatte und Ex-post-Entgeltkontrolle.....	84
3.4.3.1 Einführung in die Problematik.....	84
3.4.3.2 Allgemeines Wettbewerbsrecht.....	88
3.4.3.3 Urteils- und Anwendungspraxis.....	90
3.4.3.4 Anwendung der Kriterien auf den Briefmarkt.....	95
3.4.3.5 Informationsdefizite bei der Ex-post-Kontrolle.....	96
3.4.3.6 Lösungsansätze für die Ex-post-Kontrolle.....	97
3.5 Zugang zu Teilleistungen der DPAG.....	100
3.5.1 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen.....	100
3.5.2 Zugang zum Beförderungsnetz.....	102
3.6 Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen.....	107
3.6.1 Aufteilung in Lose.....	109
3.6.2 Rahmenvereinbarungen.....	110
3.6.3 Auswahl der Zuschlagskriterien.....	111
3.6.4 Auswahl der Eignungsnachweise.....	111
3.6.5 Subunternehmereinsatz.....	115
3.6.6 Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung.....	116
3.6.7 Kooperation mehrerer Auftraggeber.....	117
3.6.8 Umsatzsteuerbefreiung der Deutschen Post AG.....	117
3.6.9 Sonderproblematik: Postzustellungsaufträge.....	118
3.6.9.1 Probleme des wirksamen Vertragsschlusses.....	119
3.6.9.2 Probleme der Entgeltgenehmigung.....	121
3.6.10 Fazit und Empfehlungen.....	124
4. Rechtliche und sonstige Fragen.....	126
4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes.....	126
4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission.....	127
5. Handlungsempfehlungen der Monopolkommission.....	129

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen

Tabelle 2.1:	Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen.....	40
Tabelle 2.2:	Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungsverträgen seit 2000.....	41
Tabelle 2.3:	Marktaustritte im Briefbereich 2008.....	41
Tabelle 2.4:	Aufteilung der Umsätze der Wettbewerber auf Dienstleistungen.....	42
Tabelle 2.5:	Anzahl der Wettbewerber nach Umsatzgröße (ohne DPAG).....	43
Tabelle 2.6:	Entwicklung der DPAG.....	46
Abbildung 3.1:	Platzhaltermodell der KfW.....	48
Tabelle 3.1:	Durchschnittsstundenlöhne im Briefbereich bei Wettbewerbern.....	54
Tabelle 3.2:	Durchschnittsstundenlöhne bei der DPAG.....	54
Tabelle 3.3:	Aufteilung nach Beschäftigungsverhältnissen im lizenzpflichtigen Bereich.....	54
Tabelle 3.4:	Beispiel zur Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nr. 11b UStG.....	61
Tabelle 3.5:	Lohnkostenanteile nach Produktionsstufen.....	63
Tabelle 3.6:	Urteils- und Regulierungspraxis zu Rabatten im Postmarkt.....	91
Tabelle 3.7:	Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungsverträge BZA.....	104
Tabelle 3.8:	Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungsverträge BZE.....	105

Vorwort

Der Monopolkommission legt mit diesem Bericht ihr sechstes Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten vor und erfüllt damit den gesetzlichen Auftrag des § 44 Postgesetz (PostG) i.V.m. § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) 1996. Die Monopolkommission nimmt Stellung zu der Frage, ob auf den Märkten des Postwesens funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, und weist auf notwendige Konsequenzen für einzelne Regelungen des Postgesetzes hin. Die Verweisung des § 44 PostG auf das Telekommunikationsgesetz in seiner Fassung vom 25. Juli 1996 hätte aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes einer Änderung des Postgesetzes bedurft. Dazu ist es noch immer nicht gekommen. Die Monopolkommission geht jedoch für die vorliegende Stellungnahme davon aus, dass der gesetzliche Auftrag für das Sondergutachten im Postsektor inhaltlich unverändert fortbesteht.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Postbereich hat die Monopolkommission am 12. Juni 2009 in einer Anhörung mit Wettbewerbern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung im Postwesen diskutiert. Teilnehmer waren die Deutsche Post AG (DPAG), die DIREKTexpress Holding AG, die Hermes Logistik GmbH, die PIN Mail AG und die TNT Post Holding GmbH, der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V. (BvDP) und der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK). Schriftliche Stellungnahmen abgegeben haben der United Parcel Service Inc. & Co. OHG (UPS), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP), der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e.V. (DVPT), die Input Consulting GmbH, die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK).

Die Monopolkommission bedankt sich bei den wissenschaftlichen Sachverständigen Herrn Prof. Dr. Helmut M. Dietl, Herrn Prof. Dr. Harald Schaumburg und Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski für ihre Beiträge zur Meinungsbildung.

Im Herbst 2009 hat die Monopolkommission eine Umfrage unter 1.000 Städten und Gemeinden in Deutschland zur Praxis der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Einrichtungen durchgeführt. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Auskünfte.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Matthias Kurth, und Mitarbeiter seiner Behörde standen der Monopolkommission am 11. September 2009 zur Diskussion zur Verfügung. Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen der Geschäftsstelle der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Andreas Liebe, der die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Postmärkten federführend betreut hat.

Kurzfassung

1.* Die Monopolkommission sieht die Wettbewerbsentwicklung auf den Briefmärkten wiederholt kritisch. Die am 1. Januar 2008 durch den Wegfall der Exklusivlizenz für Briefe bis 50 g für die Deutsche Post AG (DPAG) formal stattgefundene Liberalisierung wurde – wie erwartet – durch die Einführung des Mindestlohns im Briefsektor und durch den Erhalt der Mehrwertsteuerbefreiung für die Deutsche Post AG konterkariert. Die Marktdominanz der DPAG im Briefbereich ist nicht nur erhalten geblieben, sondern hat sich sogar noch verstärkt. Ihre Umsatzrendite im Briefbereich lag im Jahr 2008 bei 15,7 %. Damit setzten sich die seit Jahren zu beobachtenden stabilen und außerordentlich hohen Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich fort. Positiv wertet die Monopolkommission die wettbewerbliche Entwicklung im Bereich der Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), der sich in den letzten Jahren als Wachstumsträger und „Jobmotor“ im Postmarkt erwiesen hat. So sind die Sendungsmengen im KEP-Bereich zwischen 2003 und 2007 um 23,9 % gestiegen; die Umsätze stiegen trotz sinkender Preise im gleichen Zeitraum um 32,4 %. Die Zahl der Beschäftigten bei den KEP-Unternehmen stieg zwischen 2002 und 2007 um 14,5 %.

Mindestlöhne im Briefbereich

2.* Die Monopolkommission spricht sich vehement gegen jede Form staatlicher Einflussnahme auf die Lohnbildung im Postsektor aus. Dies betrifft erstens die indirekte Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch einzelne Vorschriften im Postgesetz (PostG) und zweitens die direkte Einflussnahme durch die Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Nach § 1 PostG besteht der Zweck des Gesetzes unter anderem darin, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern. § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG nennt dagegen „die Berücksichtigung sozialer Belange“ als ein Regulierungsziel und nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG ist die Erteilung einer Lizenz durch die Regulierungsbehörde zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“ (sog. Sozialklausel). Insbesondere um die Auslegung dieser Sozialklausel ist eine kontroverse Diskussion entbrannt. Eine Forderung lautete, als Vergleichsmaßstab die Arbeitsbedingungen bei der DPAG heranzuziehen. Deren Löhne liegen im Durchschnitt erheblich über den bei Wettbewerbern üblichen Löhnen. Nach Ansicht der Monopolkommission sollten als Maßstab nur die Löhne herangezogen werden, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Dann spielt die Sozialklausel jedoch faktisch kaum eine Rolle, weil ein Antragsteller, der deutlich weniger als den marktüblichen Lohn zahlt, kaum in der Lage sein dürfte, offene Stellen dauerhaft zu besetzen. Die Monopolkommission erachtet die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz für äußerst kritikwürdig. Die Berücksichtigung sozialer Belange und die Einhaltung sozialer Standards sind bei entsprechender Auslegung der betreffenden Vorschriften geeignet, der beabsichtigten Intensivierung des Wettbewerbs im Postsektor entgegenzuwirken. Sie sollten daher bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes gestrichen werden.

3.* Eine direkte Einflussnahme der Politik auf die Löhne und Arbeitsbedingungen im Postsektor, wie durch die Aufnahme der Branche „Briefdienstleistungen“ in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und die Rechtsverordnung zum Postmindestlohn erfolgt, ist

erst recht abzulehnen. Hier wurde ein zwischen dem von der DPAG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossener Mindestlohntarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Postgutachten bereits vor Erlass der Rechtsverordnung dezidiert vor der ökonomischen Wirkung eines Postmindestlohns gewarnt und auf die rechtliche Fragwürdigkeit einer branchenweiten Erstreckung via Rechtsverordnung hingewiesen. Ihre Einschätzungen haben sich inzwischen bestätigt. Die Einführung des Mindestlohns hat die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen verhindert. Der Mindestlohn hat sich als ein Wettbewerbshindernis in mindestens dem gleichen Umfang erwiesen wie die Exklusivlizenz der DPAG bis Ende des Jahres 2007. So hat bereits die Diskussion um den Mindestlohn für Briefzusteller die TNT Post und Hermes Logistik Gruppe im Dezember 2007 dazu veranlasst, den für Anfang 2008 geplanten Ausbau der rund 13.500 Hermes „PaketShops“ zu Briefannahmestellen zu stoppen. Es ist kaum zu ermessen, welcher Schaden dem Wirtschaftsstandort Deutschland durch die negativen Signale, die das Vorgehen der Politik hinsichtlich des Mindestlohns an alle in- und ausländischen Investoren im Postbereich ausstrahlt, entstanden ist.

Ebenso bestätigt wurde die juristische Einschätzung: Das Verwaltungsgericht Berlin erklärte am 7. März 2008 die Rechtsverordnung für rechtswidrig, weil sie nicht gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG (1996) gedeckt sei, die in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung ermögliche, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags ausschließlich auf alle nicht anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden. Die Verordnung erstrecke den Tarifvertrag aber (unzulässig) auf alle „nicht an ihn gebundenen“ Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Diese Entscheidung wurde in der Kernfrage vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg am 18. Dezember 2008 bestätigt. Die Rechtsverordnung sei mit dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Abs. 3a AEntG (1996) lasse die Erstreckung eines Mindestlohntarifvertrags nur auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer (sog. Außenseiter) zu. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat die Revision des Urteils vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) beantragt. Die Entscheidung des Gerichts steht noch aus.

4.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die ergangenen Urteile und befürwortet die Weisung des Bundesfinanzministeriums, die Ahndung von Verstößen gegen die Rechtsverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zurückzustellen. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz wurde entgegen seinem eigentlichen Zweck, nämlich verbindliche Tariflöhne auf ausländische Arbeitnehmer zu erstrecken und so die Interessen inländischer Arbeitnehmer zu schützen, verwendet, um die Wettbewerber der DPAG beim Aufbau paralleler Zustellnetze gezielt zu behindern. Um Kunden zum Wechsel zu bewegen, müssen diese günstiger anbieten als die DPAG. Gleichzeitig haben sie in der Aufbauphase Skalennachteile, d.h. höhere Kosten in einigen Geschäftsbereichen. Sie sind darauf angewiesen, deutlich niedrigere Löhne als die DPAG zu zahlen. Dass es sich bei dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag um einen Vertrag zulasten Dritter handelt, zeigt sich vor allem in drei Punkten. Erstens wurden zwei unterschiedliche Mindestlöhne ausgehandelt. So erhalten die Briefzusteller, die unter den Beschäftigten die größte und tendenziell am schlechtesten bezahlte Gruppe darstel-

len, nach dem Tarifvertrag einen deutlich höheren Lohn als die übrigen Berufsgruppen in den Unternehmen. Zweitens waren die wichtigsten Wettbewerber der DPAG nicht in die Tarifverhandlungen einbezogen. Selbst wenn sie dem Arbeitgeberverband Postdienste beigetreten wären, hätten sie keinen spürbaren Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrags nehmen können, weil die Stimmrechte nach dessen Satzung von den Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsunternehmen abhängig sind. Drittens ist die DPAG selbst von dem Tarifvertrag praktisch nicht betroffen, weil ihre Beschäftigten und die ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der DPAG erhalten. Die Mehrzahl der von dem Tarifvertrag erfassten Beschäftigten ist bei den Wettbewerbern angestellt. So hat die DPAG die Kosten ihrer Konkurrenten erhöht, ohne selbst betroffen zu sein.

5.* Die Monopolkommission bekräftigt ihren Vorschlag aus dem letzten Postgutachten, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen. Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Wettbewerbswirkungen und die Interessen der Verbraucher nicht hinreichend berücksichtigt werden.

6.* Im April 2009 ist eine veränderte Fassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten, wonach das bisherige Erfordernis für eine Allgemeinverbindlicherklärung durch eine Rechtsverordnung, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, entfallen ist. Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss der Verordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müssen die widerstreitenden Grundrechtsinteressen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden. Die Monopolkommission hat mehrfach auf die Bedeutung der 50 %-Klausel nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG beim Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG (1996) hingewiesen. Sie gewährleistet, dass die Tarifbindung, der die Mehrheit der Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer unterliegt, auch einer Minderheit zugemutet werden kann. Die Neuregelung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (2009) erlaubt, Tarifverträge, die nur für eine kleine Minderheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten, auf eine Mehrheit zu erstrecken. Das Prinzip, dass die zu erstreckenden Tarifregeln repräsentativ für die Branche sein müssen, wird verletzt. Dies sieht die Monopolkommission äußerst kritisch. Insofern entsteht der Verdacht, dass es bei dieser Neuregelung darum geht, angesichts der zunehmenden Differenzierung der Tariflandschaft eine Tarifkonkurrenz zu unterbinden und eine „Entmonopolisierung“ des Gewerkschaftsmarktes zu verhindern. Die Monopolkommission begrüßt die Vereinbarung im Koalitionsvertrag der im Herbst 2009 gewählten neuen Bundesregierung, die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn bis Oktober 2011 dahingehend zu überprüfen, ob diese Arbeitsplätze gefährden oder die Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Branche beeinträchtigen, und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob die geltenden Mindestlohnregelungen Bestand haben oder aufgehoben werden sollten.

Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen

7.* Nach geltendem Recht sind die unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der DPAG von der Umsatzsteuer befreit. Die Mehrwertsteuerbefreiung verschafft dem Unternehmen einen Kostenvorteil in Höhe von fast 19 % gegenüber ihren mehrwertsteuerpflichtigen Wettbewerbern. Diese steuerliche Ungleichbehandlung bewirkt eine Wettbewerbsverzerrung, die bei umsatzsteuerpflichtigen und damit vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der Wettbewerber und bei nicht umsatzsteuerpflichtigen und damit nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der DPAG wirkt. Nicht umsatzsteuerpflichtig sind Privatkunden, Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen, Kirchen und Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 4 UStG steuerbefreit sind, unter anderem Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Dies sind ausgerechnet die Kundengruppen, die in der Regel viel Post versenden. Aufgrund der hohen Bedeutung von Synergieeffekten bei der Einsammlung und Zustellung im Briefmarkt wirkt sich diese wettbewerbliche Verzerrung jedoch auch massiv auf den Wettbewerb um umsatzsteuerpflichtige Geschäftskunden aus. Zudem wird die geltende Regelung nicht konsequent angewendet. So erhebt die DPAG die Umsatzsteuer für Geschäftspakete, obwohl diese bis zu einem Gewicht von 20 kg unter den Universaldienst fallen. Lediglich sog. „Schalterpakete“ unterliegen nicht der Umsatzsteuer. Umgekehrt erhebt die DPAG keine Umsatzsteuer auf die Preise für Postzustellungsaufträge (PZA), obwohl diese nicht zum Universaldienst gehören. Die Abweichungen von der Norm wirken stets zugunsten der DPAG. Im Bereich der postvorbereitenden Dienstleistungen hängt die Umsatzsteuerpflicht von den (zivilrechtlichen) Leistungsbeziehungen zwischen Absender, Konsolidierer und der DPAG ab, die darüber entscheiden, wie die postvorbereitenden Leistungen umsatzsteuerrechtlich behandelt werden – genauer: ob der Portoaufwand des Konsolidierers für die Teilleistungen der DPAG einen durchlaufenden Posten darstellt oder ob er zum umsatzsteuerlichen Entgelt gehört. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei.

8.* Für diese steuerliche Ungleichbehandlung gibt es keine Rechtfertigung. Die Monopolkommission fordert die Bundesregierung seit Jahren dazu auf, die Ungleichbehandlung der DPAG und ihrer Wettbewerber aufzuheben. Dabei ist darauf zu achten, dass eine neue Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen nicht dem EU-Rechtsrahmen widerspricht. Hinweise darauf, wie eine europarechtskonforme Umsatzsteuerregelung aussieht, gibt ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 2009 zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ und den Kriterien, nach denen die von „öffentlichen Posteinrichtungen“ erbrachten Dienstleistungen steuerbefreit werden müssen. Als „öffentliche Posteinrichtungen“ seien öffentliche oder private Unternehmen zu betrachten, die sich verpflichten, den gesamten Universalpostdienst oder einen Teil davon in einem Mitgliedstaat zu gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt klar, dass nicht alle Dienstleistungen der öffentlichen Posteinrichtungen befreit seien, sondern nur die, welche die öffentlichen Posteinrichtungen in ihrer Eigenschaft als Universalpostdienstleister anbieten. Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt worden und damit nicht öffentlich zugänglich sind, seien von der Steuerbefreiung ausgeschlossen. Eine ersatzlose Streichung der Mehrwertsteuerbefreiung für Postdienstleistungen ist nach dem EuGH-Urteil ebenso unzulässig wie eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und -pflichtigen Uni-

versaldienstleistungen. Eine europarechtskonforme Steuerbefreiungsvorschrift muss ausnahmslos alle Universaldienstleistungen (nach nationalem Universaldienstkatalog) öffentlicher Posteinrichtungen erfassen. Zu den öffentlichen Posteinrichtungen zählen die Unternehmen, die den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon flächendeckend in der Bundesrepublik Deutschland anbieten. Es ist nicht erforderlich, dass ein Anbieter sämtliche Universaldienste aus einer Hand bietet.

9.* Die Monopolkommission begrüßt die Absichtserklärung der neuen Bundesregierung im Koalitionsvertrag, die Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen mit Blick auf das EuGH-Urteil umgehend so anzupassen, dass keine steuerliche Ungleichbehandlung der Wettbewerber mehr besteht. Die Entfaltung von Wettbewerb im seit 1. Januar 2008 formal liberalisierten Markt wurde durch die bestehende Regelung ohnehin schon über Gebühr behindert. Es wäre nicht hinzunehmen, wenn die Umsetzung weiter verzögert würde. Ökonomisch wünschenswert wäre eine Lösung, die sicherstellt, dass alle Anbieter von Postdienstleistungen für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Denn auch eine Steuerbefreiungsregelung, die voraussetzt, dass mindestens eine Kategorie des Universaldienstes (z.B. Brief- oder Paketdienste) flächendeckend angeboten wird, wirkt wie eine Markteintrittsbarriere, weil neue Anbieter erst dann von der Befreiung profitieren, wenn sie die betreffenden Leistungen flächendeckend anbieten. Kurz nach dem Markteintritt gilt die Befreiung (noch) nicht. Gerade dann muss der Wettbewerber jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel zu geben. Zugleich hat er durch niedrigere Beförderungsvolumina erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen. Insofern sollte sich die Bundesregierung auf europäischer Ebene für eine baldige Verabschiedung des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission vom 5. Mai 2003 zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG einsetzen, welcher eine Mehrwertsteuerpflicht für sämtliche Postdienstleistungen vorsieht.

Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

10.* Seit dem Wegfall der Exklusivlizenz der DPAG zum 1. Januar 2008 unterliegen deren Entgelte für Massensendungen, d.h. Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen nur noch einer nachträglichen Entgelt- und Missbrauchskontrolle durch die Bundesnetzagentur sowie im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Entgelte für Einzelbriefsendungen, die hauptsächlich von Privatkunden und Kleingewerbetreibenden nachgefragt werden, sind weiterhin der Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterworfen.

11.* Die Monopolkommission hat wiederholt auf die großen preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG hingewiesen. Diese folgen daraus, dass die DPAG die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, die in § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG aufgeführten Zusatzkosten berücksichtigen zu lassen. Dazu zählen die Mehrkosten für die Erbringung des Universaldienstes, die Kosten für die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen und alle Sonderlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost. Die Bundesnetzagentur berücksichtigt solche Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung, macht aber keine Angaben darüber, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden. Nach Ansicht der Monopolkommission gibt es keinen Grund mehr für eine Entschädigung der DPAG für die Übernahme des Universaldienstes und für Alt-

lasten. Seit dem 1. Januar 2008 ist die Verpflichtung des Unternehmens zur Erbringung des Universaldienstes entfallen. Eine Entschädigung für den Universaldienst zu zahlen, käme nur dann infrage, wenn nachgewiesen wird, dass dem Unternehmen dadurch tatsächlich zusätzliche Kosten entstehen. In diesem Fall muss aber nicht zwingend die DPAG mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt, sondern diese Aufgabe ausgeschrieben werden. Eine Entschädigung der DPAG für die Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost ist durch die Monopolgewinne, die die DPAG durch die Exklusivlizenz für Standardbriefe bis Ende 2007 erzielen konnte, inzwischen mehr als ausreichend erfolgt. Die Monopolkommission sieht keine Rechtfertigung dafür, das aus Monopolzeiten stammende Niveau von betrieblichen bzw. tarifvertraglichen Vereinbarungen über Löhne, Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen in den inzwischen liberalisierten Netzindustrien konservieren zu wollen. Die Monopolkommission plädiert für eine ersatzlose Streichung der Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG und – gleichlautend – § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV, damit zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Nur so kann im Rahmen der Ex-ante-Regulierung eine Preisstruktur entstehen, die sich auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb bilden würde. Entgelte, die zusätzliche Kostenkomponenten beinhalten, spiegeln weder in Höhe noch Struktur die Preise wider, die sich unter vollständig wettbewerblichen Bedingungen bilden würden.

12.* Die Monopolkommission hat die Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur für die Entgeltregulierung im Bereich Einzelbriefsendungen bereits in ihrer letzten Stellungnahme kritisiert. Die Kritik bezieht sich auf zwei Punkte: Erstens hält es die Monopolkommission für ausgeschlossen, dass das Ausgangsentgeltniveau nicht überhöht war. Die Umsatzrendite der DPAG im Konzernbereich Brief betrug 15,7 % im Jahr 2008. Eine solche Rendite ist nur möglich, wenn das Preisniveau deutlich über den Kosten liegt. Ferner hat die DPAG in der Vergangenheit die Preissetzungsspielräume des Price-Cap nicht einmal vollständig ausgenutzt. Die hohen Umsatzrenditen im Briefbereich wurden also mit Preisen erzielt, die sogar leicht unter denen liegen, die nach Ansicht der Bundesnetzagentur verlangt werden müssen, um die Kosten der Briefbeförderung einschließlich aller berücksichtigungsfähigen Zusatzkosten zu decken. Zweitens hält die Monopolkommission die von der Bundesnetzagentur erwartete Produktivitätsfortschritte der DPAG für zu gering. Die Bundesnetzagentur ging bei der Ermittlung des X-Faktors davon aus, dass die Produktivitätsentwicklung der DPAG in etwa der gesamtwirtschaftlichen Steigerung der Arbeitsproduktivität entspricht und hat jährlich 1,8 % angesetzt. Eine erwartete Produktivitätsfortschrittsrate in dieser Höhe ist für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, zu gering. Die Zahl der Zustellbezirke ist in den letzten Jahren deutlich gesunken. Die Löhne der neu eingestellten Zusteller liegen über 30 % unter denen derjenigen, die noch einen Bestandsschutz haben. Die technischen Fortschritte bei der maschinellen Lesbarkeit von Handschriften und der damit verbundenen maschinellen Sortierung von Briefen sind enorm, weitere Fortschritte sind durch den Einsatz der RFID-Technologie zu erwarten. Im Paketbereich werden zunehmend sog. Packstationen errichtet, bei denen Pakete vom Versender selbst abgegeben und vom Empfänger selbst abgeholt werden. Die Bundesnetzagentur hat es versäumt, den Verbraucher durch eine Absenkung des Ausgangsentgeltniveaus für die seit 1. Januar 2008 laufende Price-Cap-Periode an den Effizienzgewinnen der DPAG in den letzten Jahren teilhaben zu lassen. Es ist zu erwarten, dass die

DPAG auch zukünftig beträchtliche Kosteneinsparungen realisieren kann. Die Monopolkommission hält eine Absenkung des Ausgangsentgeltlevels sowie eine Erhöhung der erwarteten Produktivitätsfortschrittsrate innerhalb der laufenden Regulierungsperiode für dringend geboten. Es ist daher erforderlich, dass die Bundesnetzagentur ein nachvollziehbares Konzept zur Ermittlung des X-Faktors entwickelt, so wie sie es im Zuge der Vorbereitung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft verfolgt hat. Die bisher im Postsektor üblichen Vergleichsmarktuntersuchungen und Plausibilitätserwägungen sind unzureichend.

13.* Die DPAG kann seit dem 1. Januar 2008 im Bereich der Massensendungen individuelle Preisvereinbarungen treffen, ohne diese vorab der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorlegen zu müssen. Die DPAG nutzt ihre größere Flexibilität dazu – und wird diese künftig in noch größerem Maße nutzen –, ihre größten Kunden mit individuellen Rabatten auf die Listenpreise zu binden. So gaben in einer Umfrage des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) fast ein Drittel der Unternehmen an, gegenüber der DPAG Rabatte auszuhandeln, ohne dafür die regulären Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Darüber hinaus berichteten einige der befragten Unternehmen von Werbekostenzuschüssen der DPAG für ihre Versandaktionen. Die Segmentierung der Kunden durch die selektive Rabattgewährung erlaubt der DPAG, die unterschiedlichen Preiselastizitäten der Nachfrage ihrer Kunden auszunutzen und einen größeren Teil der Konsumentenrente in Produzentenrente umzuwandeln, d.h. ihre Gewinne zu steigern. Dieses Ziel gehört zum normalen Leistungswettbewerb. Davon abgesehen besteht aber die Gefahr, dass die DPAG Rabatte zur Abwehr von Wettbewerbern einsetzt, wenn sie sehr hohe und nicht leistungsgerechte Preisnachlässe gewährt, um Wettbewerber gezielt aus dem Markt zu drängen. Es ist davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Wirkung einer Rabattgewährung mit steigender Marktmacht des jeweiligen Anbieters zunimmt.

14.* Durch die zunehmende Bedeutung solcher Rabattvereinbarungen steht die Bundesnetzagentur vor der Herausforderung, die für den Wettbewerb unproblematischen Preisnachlässe der DPAG von solchen zu unterscheiden, die eine wettbewerbsbehindernde Wirkung haben. Insofern bedarf es nach Ansicht der Monopolkommission der Entwicklung von Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen durch die Bundesnetzagentur sowie der rechtlichen Voraussetzungen für eine effektive Ex-post-Entgeltkontrolle. Die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur sind bisher sehr begrenzt. Für die Aufnahme eines Verfahrens müssen ihr nach § 25 Abs. 1 PostG zunächst belegbare Hinweise auf ein gegebenenfalls wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Anbieters vorgelegt werden. Weil sie – mit Ausnahme von Teilleistungsverträgen – keinerlei Möglichkeit hat, aus eigener Initiative Verträge einzusehen, liegt die Last der Beweisführung auf Seiten der Wettbewerber und ihrer eigenen Kunden. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur keine überzogenen Anforderungen an die Beweiskraft der Hinweise auf Marktmachtmissbrauch stellen. Nur so ist sichergestellt, dass Verdachtsfällen angemessen und zeitnah nachgegangen werden kann. Darüber hinaus ist es dringend erforderlich, die Behörde mit aktiven Ermittlungsbefugnissen auszustatten. Die Monopolkommission schlägt die Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz vor, demzufolge Entgelte, die der Ex-post-Kontrolle unterliegen, der Bundesnetzagentur zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen sind.

Individuelle Vereinbarungen über Entgelte, die nicht ohne Weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, wären unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen. Eine solche Vorschrift schränkt den Spielraum für wettbewerbswidriges Verhalten erheblich ein. Eine weniger scharfe Alternative zur beschriebenen Regelung wäre, den § 30 PostG, der das marktbeherrschende Unternehmen zur Vorlage von Verträgen im Teilleistungsbereich innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss verpflichtet, auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen auszudehnen. Darüber hinaus schlägt die Monopolkommission die Implementierung einer dem § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz vor, damit künftig auch Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens stellen können. So wären die Marktteilnehmer hinsichtlich der Verfahrenseinleitung nicht länger von der Entscheidung der Bundesnetzagentur abhängig. Dies könnte die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde erheblich stärken. Die Erfahrungen aus anderen Ländern und Netzindustrien zeigen außerdem, dass die Informationsasymmetrien bei der Kostenkontrolle nur durch regelmäßige Kostenanalysen begrenzt werden können. Die Begrenzung der Informationsnachteile der Regulierungsbehörde sind die Voraussetzung für eine effektive Ex-post-Kontrolle. Die Monopolkommission empfiehlt daher die Anwendung eines analytischen Kostenmodells für die Ex-post-Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten der DPAG.

Zugang zu Teilleistungen der DPAG

15.* Die DPAG muss als marktbeherrschender Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen Wettbewerbern gegen Entrichtung eines Entgelts den Zugang zu Postfachanlagen und ihren Adressänderungsinformationen einräumen. Wenn die Zugangsbedingungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sind – so praktiziert es die DPAG – unterliegen sie einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Die Regulierungsbehörde hat die betreffenden Entgelte erstmalig im Jahr 2002 genehmigt. Die festgesetzten Entgelte lagen bisher in allen Fällen deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten. Dies belegt nach Ansicht der Monopolkommission die Notwendigkeit einer Ex-ante-Regulierung in diesem Bereich. Die Wettbewerber berichten allerdings von Problemen beim praktischen Zugang. So würde der Zugang zu Postfachanlagen von der DPAG so restriktiv gehandhabt, dass es oftmals günstiger sei, Briefe mit Postfachadressen voll frankiert bei der DPAG einzuliefern, die Sendungen an die Hausadressen zuzustellen (sofern bekannt) oder Aufträge auszuschlagen, in denen viele postfachadressierte Sendungen enthalten sind. So ist die Nachfrage nach dem Zugang zu Postfachanlagen sehr gering. Nach Ansicht der Monopolkommission stellt eine Beeinträchtigung des Zugangs für Wettbewerber eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung dar. Die Monopolkommission fordert die Bundesnetzagentur auf, den beschriebenen Problemen nachzugehen und solche, die der DPAG anzulasten sind, unverzüglich abzustellen.

16.* Ebenso ist die DPAG als marktbeherrschender Anbieter verpflichtet, Teile der von ihr erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Für die Entgelte gelten im Prinzip dieselben Kriterien wie beim Zugang zu Postfachanlagen und Adressdatenbanken. Sie werden seit dem 1. Januar 2008 jedoch nicht mehr ex ante reguliert, sondern unterliegen nur noch einer Ex-post-Kontrolle. Nach § 30 Abs. 1 PostG ist der marktbeherrschende Anbieter verpflichtet, der Bundesnetzagentur Verträ-

ge über Teilleistungen innerhalb eines Monats nach Abschluss vorzulegen. Zum 1. Januar 2008 hat die DPAG die Konditionen für die Teilleistungsverträge nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert. So wurden die Rabatte auf die regulären Entgelte für erbrachte Vorleistungen über alle Stufen um fünf Prozentpunkte erhöht und die Mindesteinlieferungsmengen zur Geltendmachung der Rabatte gesenkt. Sie erreichen aber auch nach dieser Veränderung nicht die Rabatte, die z.B. in Frankreich, Großbritannien oder den USA für vergleichbare Vorleistungen angeboten werden. Die Höhe der Teilleistungsrabatte sind insofern ein kritischer Faktor für den Briefbereich, als sie es dem etablierten Anbieter prinzipiell ermöglichen, die Politik einer Preis-Kosten-Schere zu betreiben, d.h. Wettbewerber durch eine geringe Preisdifferenz zwischen den End-to-End-Dienstleistungen und den Teilleistungen vom Markt zu verdrängen. Verschärft wird die Situation für die Wettbewerber im Briefbereich dadurch, dass die Gewinnmargen der Wettbewerber durch die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG zusätzlich verringert werden.

17.* Dass die DPAG von sich aus nicht gewillt ist, einen reibungslosen und diskriminierungsfreien Zugang für Wettbewerber zu ermöglichen, hat sich von Anfang an gezeigt. Auf den sog. Rückforderungsvorbehalt für die gewährten Rabatte hat die DPAG erst auf Drängen des Bundeskartellamtes verzichtet. In der Folgezeit häuften sich die Beschwerden der Wettbewerber über die restriktiven Bedingungen zur Einlieferung von Briefsendungen in den Briefzentren. So weigerte sich die DPAG zunächst, Sendungen anzunehmen, die nur auf Leitregionen durchnummeriert sind. Dies erlaubt, Sendungen in einem einzigen Maschinendurchlauf gleichzeitig zu sortieren und zu nummerieren, sodass in dem engen Zeitfenster zwischen der Abholung der Sendungen beim Kunden und der Einlieferung bei der DPAG größere Briefmengen konsolidiert werden können. Weitere Beschwerden bezogen sich auf die Vorgabe von Einlieferungszeiten („Slots“); sie stehe de facto vollkommen im Ermessen der DPAG, ohne dass auf den einzelnen Slot ein Rechtsanspruch oder gar ein Bestandsschutz gelte. Die Bundesnetzagentur ist diesen Beschwerden nachgegangen und hat die DPAG Mitte 2008 dazu veranlasst, die Einlieferungsbedingungen wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. Die Erfahrungen zeigen nach Ansicht der Monopolkommission, dass auf eine strenge und zeitnahe Kontrolle von Netzzugangsentgelten und -bedingungen nicht verzichtet werden kann.

Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

18.* Öffentliche Einrichtungen sind bei der Vergabe ihrer Aufträge für Postdienstleistungen verpflichtet, nach Maßgabe des Vergaberechts auszuschreiben. Das Ziel des Vergaberechts besteht vor allem darin, öffentliche Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln zu verpflichten und den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. Seit einiger Zeit spielen bei öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr nur die Entgelte, sondern auch die Qualität der Auftragsdurchführung eine Rolle. Die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ist ungleich komplizierter, weil qualitative Anforderungen in die Form geeigneter (und rechtlich zulässiger) Eignungs- und Zuschlagskriterien gekleidet werden müssen. In der Vergangenheit waren viele Vergabeverfahren Gegenstand von Beschwerden der Bieter und wurden vor allem

durch die Newcomer auf dem Markt gerichtlich angegriffen. Besonders umstritten waren (und werden vermutlich auch zukünftig sein) die Aufteilung der Aufträge in Lose, z.B. nach Stückzahlen (Teillose), dem Leistungsgegenstand (Fachlose) und dem Leistungsort (Gebietslose, z.B. getrennt nach Regionen), der Abschluss von Rahmenvereinbarungen, die Auswahl der Zuschlagskriterien und Eignungsnachweise für die Postdienstleister, der Einsatz von Subunternehmern, die Konsequenzen einer Insolvenz für die Teilnahme an einer Ausschreibung, die Bildung von Einkaufskooperationen durch öffentliche Auftraggeber und schließlich die Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei der Bewertung der Angebote. Für potenzielle Bieter steigt mit den komplexeren Auftragsbedingungen der Aufwand für die Erstellung geeigneter Angebotsunterlagen einschließlich aller erforderlichen Nachweise und die Unsicherheit, aufgrund eines Formfehlers oder anderer – oftmals unvorhergesehener – Begleitumstände vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Monopolkommission schlägt vor, die Kompetenzen der Bundesnetzagentur künftig auf die Beratung der öffentlichen Stellen bei Ausschreibungen von Verträgen über Postdienstleistungen zu erweitern, um die Erstellung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsunterlagen mit entsprechenden Eignungs- und Zuschlagskriterien zu vereinfachen.

19.* Ein Sonderfall bei der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung sind die Aufträge zur förmlichen Zustellung einer Sendung, sog. Postzustellungsaufträge. Jeder Lizenznehmer ist zum Angebot von Postzustellungsaufträgen verpflichtet. Durch die Beförderung einer Sendung als Postzustellungsauftrag ist nachgewiesen, dass ein dort näher identifiziertes Schriftstück dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist. Es erfolgt eine Ex-ante-Regulierung ihrer Entgelte durch die Bundesnetzagentur unabhängig davon, ob der Anbieter marktbeherrschend ist oder nicht. Dass der Gesetzgeber sämtliche Entgelte für Postzustellungsaufträge, auch die von nicht marktbeherrschenden Unternehmen, einer Ex-ante-Regulierung unterwirft, wird von der Monopolkommission als grundsätzlich verfehlt angesehen. Die Ex-ante-Entgeltregulierung für Postzustellungsaufträge führt für die Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einer Reihe von Problemen, so z.B. im Zusammenhang mit der Veröffentlichungspflicht von genehmigten Entgelten im Amtsblatt der Bundesnetzagentur. Davon abgesehen verfehlt die Ex-ante-Regulierung für die Entgelte der Wettbewerber ihren Zweck. Sie dient normalerweise dazu, auf vermachteten Märkten ein Ergebnis herbeizuführen, das sich (mutmaßlich) bei funktionierendem Wettbewerb von allein einstellen würde. Im Bereich der Postzustellungsaufträge wird durch die Ausschreibungen bereits ein intensiver Wettbewerb – manche Marktteilnehmer behaupten: ein ruinöser Preiswettbewerb – unter den Anbietern ausgelöst, sodass sich die Entgelte unter dem damit verbundenen Rationalisierungsdruck ohnehin an ein effizientes Niveau annähern werden. Ein Ausbeutungsmisbrauch durch zu hohe Preise dürfte diesem Bereich nicht festgestellt werden, auch weil überteuerte Angebote immer dann keinen Zuschlag erhalten, sobald mehrere Anbieter an der Ausschreibung teilnehmen. Die Monopolkommission hält die Ex-ante-Entgeltregulierung der Postzustellungsaufträge nach § 34 PostG für einen Systemfehler im Postgesetz und schlägt vor, die Regulierung in diesem Bereich auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle marktbeherrschender Unternehmen zurückzuführen.

Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter

20.* Zwar hat der Bund seine Anteile an der DPAG inzwischen vollständig an die KfW verkauft, der Interessenkonflikt des Bundes in seiner Rolle als Anteilseigner der DPAG und Wettbewerbshüter wurde damit aber noch immer nicht aufgelöst. Die Ursache dafür ist das sog. Platzhaltermodell zur Privatisierung der DPAG: Die KfW hat dem Bund für seine Anteile einen am Marktwert orientierten Kaufpreis gezahlt und die Aktien schrittweise auf dem Kapitalmarkt veräußert. Sie hält nunmehr noch 30,5 % der Anteile an der DPAG. Geplant ist, auch die übrigen Anteile zu verkaufen. Wenn die KfW die DPAG-Anteile zu einem höheren Kurs auf dem Kapitalmarkt plazieren kann, erhält der Bund eine weitere Zahlung aus einem vereinbarten Besserungsschein. Der Wert errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und dem Kaufpreis abzüglich einer Provision für die KfW. Der Wert des Besserungsscheins ist abhängig vom Aktienkurs der DPAG. Der Aktienkurs wiederum ist umso höher, je größer die Gewinne der DPAG sind und je weniger Wettbewerb im Postmarkt herrscht. Insofern schadet sich der Bund selbst, wenn er auf dem Postmarkt Rahmenbedingungen schafft, die den Wettbewerb fördern. Die Monopolkommission hält es für dringend geboten, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse am Wohlergehen der DPAG hat. Alternativ sollten etwaige Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben.

Sonstige Empfehlungen

21.* Die DPAG nimmt (allein) für die Bundesrepublik Deutschland die Rechte und Pflichten wahr, die sich für eine Postverwaltung im Verhältnis zu den Benutzern und zu den anderen Postverwaltungen aus der Mitgliedschaft Deutschlands im Weltpostverein (WPV) ergeben. Zwar können hierzu auf Antrag auch andere Unternehmen zugelassen werden; das Bundeswirtschaftsministerium wird diesbezüglich ermächtigt, durch Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zulassung, d.h. das Auswahlverfahren und den Inhalt der Zulassung, zu bestimmen und festzulegen, für welchen Zeitraum die Zulassung gilt. Jedoch wurde von dieser Ermächtigung, die Zulassung anderer Anbieter neben der DPAG zu regeln, bisher – soweit ersichtlich – kein Gebrauch gemacht. Damit besteht bei grenzüberschreitenden Sendungen im Regelungsbereich des Gesetzes zur nationalen Umsetzung des Weltpostvertrags faktisch weiterhin ein postrechtliches Vertretungsmonopol der DPAG. Die Verbraucher haben beim Versand von einfachen internationalen Briefsendungen keine Möglichkeit, über Wettbewerber der DPAG zu versenden, weil bislang ausschließlich die DPAG den im Rahmen des Weltpostvereins geregelten Zugang zu den Netzen ausländischer Postdienstleister hat und grenzüberschreitende Sendungen an die im Weltpostverein organisierten ausländischen Anbieter in diesem Rahmen weiterleiten darf. Die Monopolkommission sieht in der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein ein Relikt aus vergangenen Monopolzeiten. Alle Unternehmen, die sich zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären, sollten über die gleichen Rechte und Pflichten und über die gleichen Mitwirkungsrechte im Weltpostverein verfügen wie die DPAG. Alternativ empfiehlt die Monopolkommission, die Interessenvertretung und Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland im Weltpostverein unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern auszuschreiben.

22.* Weiterhin dringend notwendig ist eine Klarstellung des Gesetzgebers bezüglich der Verweisungen des § 44 Satz 2 PostG. Dort wird auf eine Reihe von Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verwiesen, die in der Zwischenzeit teilweise bereits mehrfach geändert wurden. Dadurch sind in vielen Bereichen des Postgesetzes rechtliche Unklarheiten entstanden. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Vorschriften, auf die in § 44 Satz 2 PostG verwiesen wird, explizit ins Postgesetz aufzunehmen. Damit würde der Verselbstständigung der Regulierung des Postsektors Rechnung getragen. Schließlich sollte damit der Monopolkommission auch im Postsektor explizit das Recht eingeräumt werden, Einsicht in die Akten der Bundesnetzagentur zu nehmen.

1. Regulatorische Rahmenbedingungen

1. Die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen für die Postmärkte in Deutschland werden durch das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Postgesetz (PostG) – zuletzt geändert durch Art. 272 der Neunten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. Oktober 2006 – sowie durch die europäische Postrichtlinie¹ vorgegeben. Das regulatorische Umfeld für die auf den Postmärkten tätigen Unternehmen wird darüber hinaus durch die Entscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA)², des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission bestimmt.

2. Das Postgesetz unterstellt die Marktteilnehmer auf den Postmärkten einer sektorspezifischen Regulierung. Es dient dem Zweck, durch Regulierung den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Ziele dieser Regulierung sind nach § 2 PostG unter anderem die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens, die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst) und die Berücksichtigung sozialer Belange. Die Regulierungsvorschriften des Postgesetzes erstrecken sich auf die Bedingungen des Marktzutritts, den Inhalt und die Organisation des Universaldienstes sowie auf die Entgelt- und Teilleistungsregulierung bei marktbeherrschenden Unternehmen. Die allgemeinen Regelungen des Postgesetzes werden im Bereich des Universaldienstes und der Entgeltregulierung durch spezielle Rechtsverordnungen, die Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) und die Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV), ergänzt.

1.1 Markteintrittsregulierung

1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen

3. Die Betätigungsmöglichkeiten für Anbieter von Postdienstleistungen werden durch das Grundgesetz (GG) und das Postgesetz bestimmt. Gemäß Art. 87f GG werden die Dienstleistungen im Bereich des Postwesens als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Deutsche Post AG (DPAG) und andere private Anbieter erbracht. Grundsätzlich ist damit jedermann berechtigt, Postdienstleistungen am Markt anzubieten. Uneingeschränkt Geltung findet das Wettbewerbsprinzip jedoch nur für die Beförderung von Briefsendungen über 1.000 g, die Beförderung von Paketen, Zeitungen und Zeitschriften sowie für Kurierdienste im Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 3 PostG. Diese Postdienstleis-

1 Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG Nr. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14; geändert durch Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 176 vom 5. Juli 2002; zuletzt geändert durch Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft vom 20. Februar 2008, ABl. EU Nr. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3.

2 In der folgenden Darstellung wird der Einheitlichkeit wegen durchgängig die jetzt gültige Bezeichnung Bundesnetzagentur für die Regulierungsbehörde verwendet, auch wenn sich die Ausführungen auf Vorgänge beziehen, die zeitlich vor der im Juli 2005 erfolgten Namensänderung einzuordnen sind.

tungen erfordern keine besondere Erlaubnis (Lizenz) nach dem Postgesetz. Eine Lizenz ist jedoch erforderlich, wenn Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1.000 g befördert werden sollen. Voraussetzung für die Erteilung einer Lizenz ist nach § 6 Abs. 3 PostG, dass der Antragsteller über die erforderliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde verfügt, dass durch die Ausübung der Lizenzrechte die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird und dass der Antragsteller die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen nicht erheblich unterschreitet (sog. „Sozialklausel“). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Lizenz. Die Anzahl der von der Bundesnetzagentur zu vergebenden Lizenzen ist nicht beschränkt.

4. Das Postgesetz gewährte der DPAG eine zeitlich befristete Exklusivlizenz, die den wesentlichen Teil des Briefmarktes umfasste. Begründet wurde die Einräumung exklusiver Monopolrechte für die DPAG vom Gesetzgeber damit, dass der Postsektor stufenweise in den Wettbewerb überführt und ein abrupter Systemwechsel vermieden werden sollte. Die Exklusivlizenz ist zum 1. Januar 2008 vollständig entfallen. Weil sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter jahrelang auf Nischenmärkte beschränkte, prägt sie die Anbieterstruktur noch immer.

5. Während der Geltungsdauer der Exklusivlizenz konnte die Bundesnetzagentur nur Lizenzen für Postdienstleistungen ausstellen, die nach § 51 Abs. 1 PostG von der Exklusivlizenz ausgenommen waren. Hierzu zählte die Beförderung von Briefsendungen über 50 g oder dem Zweieinhalbfachen des Preises der untersten Gewichtsklasse (sog. A-Lizenz), die Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen mit einem Gewicht von mehr als 50 g und einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück (B-Lizenz)³, der Dokumentenaustauschdienst (C-Lizenz), qualitativ höherwertige Dienstleistungen (D-Lizenz), die Einlieferung bei den Annahmestellen der DPAG im Auftrag des Absenders (E-Lizenz) sowie die Abholung aus Postfachanlagen der DPAG im Auftrag des Empfängers (F-Lizenz). Zum 1. Januar 2003 wurden außerdem Lizenzen für die Beförderung von ins Ausland abgehenden Briefsendungen (G-Lizenz) sowie für die Beförderung von Briefsendungen aus dem Ausland bis zu den für internationale Briefsendungen zuständigen Annahmestellen der DPAG (H-Lizenz) erteilt.⁴

Der Gesetzestext enthält im Hinblick auf die Vorgaben für die Erteilung einer sog. D-Lizenz den unbestimmten Rechtsbegriff der höherwertigen Dienstleistung. Nach § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG waren „Dienstleistungen, die von Universaldienstleistungen trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind“, von der Exklusivlizenz ausgenommen. Nach anfänglichen Einzelfallentscheidungen hatte die Bundesnetzagentur im Verlauf der Zeit bestimmte Leistungsmerkmale zusammengefasst und als Standards definiert, für die sie den Tatbestand der Höherwertigkeit als erfüllt ansieht. Höherwertig waren demnach Dienstleistungen mit Zustellung am Tag der Abholung, Dienstleistungen mit Über-Nacht-Zustellung bei werktäglicher Abholung nicht vor 17 Uhr und Zustellung bis spätestens 12 Uhr des nächsten Tages sowie Dienstleistungen mit termingenaue Zustellung.⁵ Außerdem mussten die Lizenznehmer

3 Vom 1. Januar 2006 an galt die Gewichtsgrenze des § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG (50 g) unabhängig von Inhaltsgleichheit und Mindesteinlieferungsmenge; insofern war die B-Lizenz bereits in der A-Lizenz enthalten.

4 Vgl. Drittes Gesetz zur Änderung des Postgesetzes vom 16. August 2002, BGBl. I S. 3218.

5 Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 19.

die nachträgliche Abrechnung, die Umlenkbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Zustellung sowie die Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zustellzeitziels garantieren.

6. Die erläuterten sachlichen Beschränkungen waren wegen der gesetzlichen Exklusivlizenz erforderlich. Mit Ablauf des 31. Dezembers 2007 endete die Exklusivlizenz. Somit ist der Rechtsgrund für die sachlichen Beschränkungen der Lizenzen aus § 51 PostG entfallen. Ab dem 1. Januar 2008 erteilt die Bundesnetzagentur neue Lizenzen ohne die bisherigen sachlichen Beschränkungen. Um den Inhabern einer Postlizenz, die bis zum 31. Dezember 2007 erteilt worden ist, den Antrag auf Erweiterung ihrer Postlizenz zu ersparen, hat die Regulierungsbehörde die sachlichen Beschränkungen bei allen bestehenden Lizenzen zum 1. Januar 2008 durch eine Allgemeinverfügung aufgehoben.⁶ Auf diese Weise wird eine Gleichbehandlung der bestehenden Lizenznehmer mit den hinzukommenden Lizenznehmern gewährleistet. Diese Allgemeinverfügung betrifft nur die sachlichen Beschränkungen der Postlizenzen, etwaig bestehende räumliche Beschränkungen bleiben davon unberührt.

Die Monopolkommission pflichtet der Bundesnetzagentur in ihrer unbürokratischen Vorgehensweise bei. Es entspricht dem in § 1 PostG niedergelegten Zweck des Gesetzes, den Wettbewerb im Bereich des Postwesens zu fördern, wenn die sachlichen Beschränkungen von Amts wegen aufgehoben werden. Es wäre weder für die Anbieter noch für die Bundesnetzagentur zweckdienlich, den Prozess der Neubeantragung der Lizenzen bzw. der Antragsprüfung zu wiederholen.

1.1.2 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz

7. Schon im Zuge der Vorbereitung des neuen Postgesetzes im Jahr 1997 hat die Befürchtung, dass mehr Wettbewerb zu niedrigeren Löhnen für die Beschäftigten im Postwesen führen könnte, eine Rolle gespielt. Die Aufnahme von Vorschriften zur Sicherung sozialer Mindeststandards in das Postgesetz wurde kontrovers diskutiert; schließlich wurden die §§ 2 Abs. 2 Nr. 5 und 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG im Rahmen des Vermittlungsverfahrens in das Postgesetz aufgenommen. § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG nennt „die Berücksichtigung sozialer Belange“ als ein Ziel der Regulierung des Postwesens. Nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG ist die Erteilung einer Lizenz durch die Regulierungsbehörde zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“ (sog. Sozialklausel). Die Bundesnetzagentur prüft das Vorliegen der Voraussetzungen des Lizenzversagungsgrundes anhand eines Prüfrasters. Dabei wird auf die Art der Arbeitsverhältnisse, speziell die Sozialversicherungspflichtigkeit, abgehoben. Eine Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im Einzelnen (Arbeitszeit und -lohn, Urlaub, Kündigungsfrist) erfolgt nicht. Sofern der Antragsteller darlegt, dass Arbeiten zu mehr als 80 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit in Arbeitsverhältnissen ausgeführt werden, die für den Bezugsbereich typisch sind, wird kein Versagungsgrund nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG festgestellt. Nur sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betreffende Regelung gezielt umgangen werden soll, wird ein Lizenzversagungsgrund festgestellt.⁷

6 Vgl. BNetzA, Verfügung Nr. 74/2007, ABl. Nr. 24 vom 19. Dezember 2007, S. 4732; dies., Pressemitteilung vom 20. Dezember 2007.

7 Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 17/2006, Anlage 1, ABl. Nr. 1 vom 11. Januar 2006, S. 75, 77, Anlage 1.

8. Im Zuge der Diskussion um die Arbeitsbedingungen insbesondere der Briefzusteller ist die Bundesnetzagentur aufgefordert worden, die Vorschrift des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG deutlich enger als bisher auszulegen. Eine Forderung lautete, als Vergleichsmaßstab die Arbeitsbedingungen bei der DPAG heranzuziehen und eine Lizenz nur dann zu erteilen, wenn die Löhne des Antragstellers um weniger als 10 % unter denen der DPAG liegen. Die Monopolkommission spricht sich entschieden gegen diese Forderung aus. Die Löhne der DPAG liegen, wie in Abschnitt 3.2 erläutert, im Durchschnitt erheblich über den Löhnen, die gezahlt werden können, wenn auf dem betreffenden Produktmarkt funktionierender Wettbewerb herrscht. Wenn die Wettbewerber einen von den Löhnen der DPAG abhängigen „Mindestlohn“ zahlen müssen, um von der Bundesnetzagentur eine Lizenz zum Angebot von Postdienstleistungen zu erhalten, entfällt einer ihrer wichtigsten Wettbewerbsparameter: Die Wettbewerber werden sich im Bereich der – standardisierten – Massensendungen nur dann in nennenswertem Umfang etablieren können, wenn sie trotz ihres niedrigen Beförderungsvolumens in der Aufbauphase Kostenvorteile gegenüber der DPAG realisieren und diese in Form niedrigerer Preise an ihre Kunden weitergeben können. Der größte Kostenblock im Postsektor sind die Personalkosten. Wenn man diese regulatorisch mit den Löhnen der DPAG verknüpft, würde das Wettbewerbspotenzial massiv eingeschränkt und die Vorschrift des Postgesetzes, deren Zweck die Förderung des Wettbewerbs ist, dahingehend ausgelegt, dass der Wettbewerb behindert würde.

9. Nach Ansicht der Monopolkommission lässt der Zweck des Postgesetzes nur eine Interpretation des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG zu, nämlich dass die Erteilung einer Lizenz dann zu verweigern ist, wenn der Antragsteller die Arbeitsbedingungen, die in wettbewerblichen Bereichen ohne staatliche Lohnbeeinflussung für vergleichbare Tätigkeiten üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Üblich sind die Arbeitsbedingungen, die sich bei der Liberalisierung der Briefmärkte ohne die Rechtsverordnung zum Postmindestlohn für die Arbeitnehmer tatsächlich ergeben hätten. Das sind die Arbeitsbedingungen, die Unternehmen auf den örtlichen Arbeitsmärkten anbieten müssen, um Arbeitskräfte für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit zu gewinnen. Maßstab sind also die Löhne, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Bei dieser Auslegung würde die Vorschrift des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG faktisch kaum eine Rolle spielen. Ein Antragsteller, der deutlich weniger als den marktüblichen Lohn zahlt, dürfte kaum in der Lage sein, offene Stellen dauerhaft zu besetzen, weil die Arbeitnehmer zu besser zahlenden Arbeitgebern wechseln können.

10. Die Monopolkommission erachtet die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz für äußerst kritikwürdig.⁸ Zweck des Postgesetzes ist es, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern. Die in den §§ 2 Abs. 2 Nr. 5 und 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG geforderte Berücksichtigung sozialer Belange bzw. Einhaltung sozialer Standards haben nichts damit zu tun. Vor diesem Hintergrund bilden die betreffenden Vorschriften einen Fremdkörper im Postgesetz und sollten bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes gestrichen werden. Vorschriften über Arbeitsbedingungen sollten auf politischem Wege entschieden und durchgesetzt werden und grundsätzlich branchen- und sektorübergreifend gelten. Davon abgesehen ist die Bundesnetzagentur dafür zuständig, den Wettbewerb in ehemals staatseigenen Netzin-

⁸ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden, 2008, Tz. 135-139.

dustrien zu stärken. Es entspricht weder ihrer Aufgabe noch ihrer Kompetenz, über die Arbeitsbedingungen in Unternehmen zu wachen.

1.2 Erbringung des Universaldienstes

1.2.1 Europäischer Rechtsrahmen

11. Für die Grundversorgung mit Postdienstleistungen sind die Vorgaben der Richtlinie 97/67/EG (Postrichtlinie) und der Änderungsrichtlinien 2002/39/EG und 2008/6/EG relevant. Sie definieren auf Gemeinschaftsebene die allgemeinen Grundsätze, innerhalb derer die Mitgliedstaaten den postalischen Universaldienst abhängig von ihren nationalen Gegebenheiten ausgestalten können. Demnach müssen die Mitgliedstaaten eine flächendeckende Bereitstellung postalischer Dienstleistungen „in einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer“ gewährleisten. Der Universaldienst muss die Prozesse Einsammlung, Sortierung, Transport und Zustellung von Briefsendungen bis 2 kg und von Paketen bis 10 kg sowie Angebote für Einschreibe- und Wertsendungen beinhalten; die Gewichtsgrenze für Pakete kann nach Art. 3 Abs. 5 Postrichtlinie im Rahmen der nationalen Umsetzung bis auf 20 kg angehoben werden.⁹ Die Dichte der Abhol- und Zugangspunkte ist an den Bedürfnissen der Nutzer auszurichten. Mindestens an wöchentlich fünf Tagen ist wenigstens eine Abholung und eine Hauszustellung zu gewährleisten, sofern keine besonderen Umstände oder außergewöhnlichen geografischen Gegebenheiten vorliegen. Die Universaldienstvorgaben gelten sowohl für inländische als auch für grenzüberschreitende Sendungen.

12. Keine Vorgaben macht die Postrichtlinie zur Art der Bereitstellung des Universaldienstes (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/6/EG). Es ist zulässig, dass er ohne staatliche Maßnahmen durch die Marktteilnehmer bereitgestellt wird. Explizit vorgesehen sind zwei Möglichkeiten zur Bereitstellung des Universaldienstes, zum einen die Bereitstellung durch Benennung eines oder mehrerer Unternehmen (Art. 4 Abs. 2), zum anderen die Bereitstellung nach den für das öffentliche Vergabewesen geltenden Vorschriften im Einklang mit den Grundsätzen der EU-Verträge, d.h. Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit (Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 7 Abs. 2). Durch den Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008 in Deutschland entfällt die Einräumung eines Monopols für die Finanzierung des Universaldienstes. Zur Finanzierung möglicher Nettokosten des Universaldienstes sieht die Richtlinie 2008/6/EG den Ausgleich aus Steuermitteln (Art. 7 Abs. 3 a) oder den Ausgleich durch einen von den Anbietern und/oder Nutzern finanzierten Fonds (Art. 7 Abs. 3 b) vor; diese Möglichkeiten können auch kombiniert zur Anwendung kommen. Die Implementierung dieser Vorgaben im deutschen Postrecht wird im folgenden Abschnitt erläutert.

1.2.2 Nationaler Rechtsrahmen

13. Die verfassungsrechtliche Grundlage des Universaldienstes im deutschen Postrecht ergibt sich aus Art. 87f GG. Danach hat der Bund im Bereich des Postwesens flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Der Um-

⁹ Die Bundesrepublik Deutschland hat die Postrichtlinie durch das Postgesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung umgesetzt und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 PUDLV).

fang der geforderten Mindestversorgung wird in erster Linie durch das Postgesetz und die auf dessen Grundlage erlassene Post-Universaldienstleistungsverordnung festgelegt. Für den Universaldienst sind die Regelungen der §§ 11 bis 17 PostG und § 52 PostG relevant. Nach § 52 PostG war die DPAG für den Zeitraum der gesetzlichen Exklusivlizenz zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet. Für diesen Zeitraum galten die Regelungen zum Universaldienst der §§ 12 bis 17 PostG nicht. Sie sind erst mit der vollständigen Liberalisierung am 1. Januar 2008 wirksam geworden, d.h. die Sicherstellung des Universaldienstes ist seit diesem Zeitpunkt die Aufgabe der Bundesnetzagentur.

14. § 11 Abs. 1 PostG definiert Universaldienstleistungen als ein Mindestangebot an Postdienstleistungen, die flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden. Beschränkt ist der Universaldienst nach § 1 PUDLV auf folgende Postdienstleistungen: Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 2.000 g (einschließlich Einschreibesendungen, Wertsendungen, Nachnahmesendungen und Sendungen mit Eilzustellung), Beförderung von Paketen bis 20 kg sowie von Zeitungen und Zeitschriften. § 11 Abs. 2 PostG ermächtigt die Bundesregierung, Inhalt und Umfang des Universaldienstes durch eine Rechtsverordnung festzulegen. Dies wurde durch die Post-Universaldienstleistungsverordnung realisiert, die am 21. Dezember 1999 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde und rückwirkend zum 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist. Die Post-Universaldienstleistungsverordnung setzt die europäischen Vorgaben in nationales Recht um und konkretisiert die Bestimmungen des Postgesetzes zu Inhalt und Umfang des Universaldienstes. Sie definiert, welche Postdienstleistungen zur Grundversorgung gehören (§ 1), welche Qualitätsstandards zu gewährleisten (§§ 2 bis 4) und welche preislichen Höchstgrenzen einzuhalten sind (§ 6). §§ 2 und 3 PUDLV regeln die Qualitätsmerkmale der Brief- und Paketbeförderung, darunter die Anzahl und Dichte von Briefkästen und Filialen („stationäre Einrichtungen“), die Frequenz der Leerung von Briefkästen, Laufzeitziele usw.

15. So müssen bundesweit mindestens 12.000 stationäre Einrichtungen vorhanden sein, davon mindestens eine in Gemeinden mit mehr als 2.000 Einwohnern bzw. eine je 80 km² in Landkreisen. In Gemeinden mit mehr als 4.000 Einwohnern und Gemeinden mit zentralörtlicher Funktion darf die Weglänge maximal 2 km innerhalb zusammenhängend besiedelter Flächen betragen. Das Angebot dieser Einrichtungen muss Brief- und Paketdienstleistungen umfassen. In zusammenhängend bebauten Wohngebieten darf die Weglänge zum nächsten Briefkasten maximal 1 km betragen. Vorgesehen ist eine werktägliche Einsammlung (d.h. Montag bis Samstag), soweit zur Einhaltung des Laufzeitziels erforderlich. Briefe mit einer Einlieferungsmenge unter 50 Stück sollen zu 80 % einen Tag (E+1) und zu 95 % zwei Tage nach Einlieferung (E+2) zugestellt werden; bei Paketen ist die Laufzeitvorgabe 80 % E+1. Vorgesehen ist unter anderem eine werktägliche Zustellung an die Wohn- oder Geschäftsadresse, sofern mit dem Empfänger nichts anderes vereinbart ist (z.B. Postfach); von dieser sog. Hauszustellung kann nur bei erheblichen Zugangsproblemen und nach Information des Betroffenen abgewichen werden. Dieses Angebot ist landesweit zu erbringen.

16. Die Einhaltung der in der Post-Universaldienstleistungsverordnung definierten Vorgaben ist Aufgabe der Bundesnetzagentur. Wenn feststeht oder zu befürchten ist, dass eine Universaldienstleistung nicht ausreichend oder angemessen erbracht wird, ist jeder Lizenznehmer mit einem Jahresumsatz im lizenzierten Bereich von mehr als

500.000 EUR verpflichtet, nach Maßgabe der §§ 13 bis 17 PostG zur Erbringung der Universaldienstleistung beizutragen (§ 12 Abs. 1 PostG). In diesem Fall macht die Bundesnetzagentur die Feststellung der Unterversorgung im Amtsblatt bekannt (§13 Abs. 1 PostG). Meldet sich innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung kein Unternehmen, das die Leistung freiwillig und ohne Kompensation nach § 15 PostG erbringen möchte, kann die Bundesnetzagentur einen oder mehrere Lizenznehmer, die auf dem räumlich relevanten oder einem räumlich angrenzenden Markt marktbeherrschend sind, zur Erbringung des Universaldienstes verpflichten (§ 13 Abs. 2 und 3 PostG). Kann das verpflichtete Unternehmen jedoch glaubhaft darlegen, dass diese Universaldienstverpflichtung einen wirtschaftlichen Nachteil darstellt, muss die Bundesnetzagentur die Dienstleistung, die den wirtschaftlichen Nachteil verursachen würde, ausschreiben; sie kann allerdings von einer Ausschreibung absehen, „wenn eine Ausschreibung nicht zweckmäßig erscheint“ (§ 14 Abs. 1 PostG). Die betreffende Dienstleistung ist an „denjenigen leistungsfähigen, zuverlässigen und fachkundigen Bewerber zu vergeben, der den geringsten finanziellen Ausgleich dafür verlangt“ (§ 14 Abs. 2 PostG).

17. § 14 Abs. 4 PostG gibt der Bundesnetzagentur die Befugnis zur Regelung und Durchführung der Ausschreibung. Die Behörde hat vor der Ausschreibung die Verfahrensregeln für die Ausschreibung, den konkreten Ausschreibungsgegenstand, den Erbringungsort (das betreffende Gebiet) sowie die Eignungskriterien hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde und die vorzulegenden Nachweise im Einzelnen festzulegen. Das Postgesetz macht hierzu allerdings keine konkreten Vorgaben, an die sich die Behörde zu halten hätte. Die einzige Vorgabe ist allgemeiner Natur, nämlich dass die Durchführungsregeln den Prinzipien der Objektivität, Nachvollziehbarkeit und Diskriminierungsfreiheit entsprechen müssen. Das Postgesetz gibt also (nur) den Rahmen vor, nach dem die Bundesnetzagentur eine Ausschreibung vornehmen soll, macht aber keine weiteren Vorgaben. Es gibt bislang in Europa keinen Präzedenzfall einer Ausschreibung von Postuniversaldienstleistungen.

18. Welche Dienstleistungen zum Universaldienst gehören, d.h allgemein verfügbar sein sollten, ist nicht primär eine wettbewerbliche Frage. Die detaillierte Regelung des Universaldienstes hat allerdings durchaus Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entwicklung der Postmärkte. Einer der Vorteile einer wettbewerblichen Marktorganisation liegt darin, dass sie Unternehmen Anreize bietet, neue Produkt- und Dienstleistungsvarianten auszuprobieren. Dies fördert den strukturellen Wandel. Dagegen wird derzeit in der Post-Universaldienstleistungsverordnung akribisch vorgeschrieben, welche Dienstleistungen in welcher Qualität zu erbringen sind. Die Möglichkeiten der Anbieter, sich an die sich stets verändernden Bedürfnisse der Nachfrager anzupassen, werden – zu deren Nachteil – eingeschränkt. Die detaillierten Vorschriften der Verordnung verfestigen aber auch die Marktstrukturen. Wettbewerbsmärkte zeichnen sich dadurch aus, dass neue Unternehmen mit Produktinnovationen in den Markt eintreten. Wenn sie damit erfolgreich sind, werden diese Ideen von den etablierten Anbietern kopiert und eventuell weiterentwickelt. Dieser Prozess wird durch die detaillierten Vorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung behindert, weil sich die Anbieter in ihrer Produktgestaltung – auch wenn sie nicht dazu verpflichtet sind – an diesen Vorgaben orientieren. Sie wirken damit wettbewerbspolitisch konservierend. Die Monopolkommission spricht sich seit Jahren dafür aus, dass die Vorgaben an die sog. Universaldienste zumindest

weniger eng gefasst werden.¹⁰ Die Vorschläge der Bundesnetzagentur zur Aktualisierung der Universaldienstverpflichtungen¹¹ gehen hier in die richtige Richtung, aber nicht weit genug. Bezüglich des Umfangs der Universaldienstleistungen scheinen die Vorgaben, die durch die europäische Postrichtlinie zur Erbringung des Universaldienstes bestehen, mehr als ausreichend zu sein.

19. In der Diskussion um die Liberalisierung des Postsektors spielen die Universaldienstleistungen traditionell eine große Rolle. Dabei wird oft suggeriert, dass ohne eine Universaldienstverpflichtung die Basisleistungen nicht mehr angeboten würden. Diese Gefahr wird in der Regel grob überschätzt. Zumindest die Leistungen, für die ein Bedarf besteht, werden gewinnmaximierende Unternehmen anbieten, auch ohne dazu verpflichtet zu sein. So sichert ein flächendeckendes Netz von Briefkästen und Filialen die Allgegenwärtigkeit eines Unternehmens und es wird dort aus eigenem Interesse all jene Leistungen anbieten, für die Nachfrage besteht. Ebenso wenig droht, dass sich die Laufzeiten, die Zustellfrequenz oder Flächenversorgung massiv verschlechtern. Geschäftliche Versender fordern für Auftragsbestätigungen, Rechnungen, Mahnungen usw. zumindest kalkulierbare Laufzeiten. In vielen Fällen werden aber auch kurze Laufzeiten verlangt, wie z.B. für kurzfristige Werbeaktionen; deutliche Qualitätsverschlechterungen hätte zur Folge, dass ein erheblicher Teil der adressierten Werbesendungen durch andere Werbemedien substituiert würde, z.B. durch Wurfungen oder Verlagsbeilagen. Weil die Werbesendungen einen großen Teil des Sendungsvolumens ausmachen, hätte dies spürbare Nachfragerückgänge zur Folge. Hinsichtlich der Flächendeckung zeigt die Erfahrung, dass die Versender ihre Briefe und Pakete ungern nach der Gebietsabdeckung verschiedener Anbieter differenzieren, sondern vorzugsweise über den Anbieter verschicken, der flächendeckend zustellt. Insofern läuft ein Postdienstleister, der sich aus der Zustellung in einigen Regionen zurückzieht, Gefahr, Sendungsvolumen auch für die übrigen Regionen zu verlieren. Die Monopolkommission hält es daher für wahrscheinlich, dass die Vorgaben und Verpflichtungen einzelner Unternehmen zur Erbringung des Universaldienstes in der Praxis nicht notwendig sein werden, weil die Anbieter diese Leistungen mit großer Wahrscheinlichkeit freiwillig erbringen.

20. Für diese Einschätzung spricht z.B. die Tatsache, dass im Paketbereich mehrere Wettbewerber der DPAG die entscheidenden Vorgaben des Universaldienstes erfüllen, ohne dazu verpflichtet zu sein. So gibt es neben der DPAG weitere Anbieter, die flächendeckend zustellen. Aus Sicht dieser Unternehmen gehört ein flächendeckendes Netz zur Voraussetzung, um in diesem Markt zu bestehen. Auch die Mindestmenge von 12.000 stationären Einrichtungen, zu denen die DPAG durch die Post-Universaldienstleistungsverordnung verpflichtet ist, scheint sich allein durch die Gesetze von Angebot und Nachfrage einzustellen. So unterhält die Firma Hermes inzwischen ganz ohne Universaldienstverpflichtung ca. 13.500 stationäre Paketannahmestellen. Nicht ohne Grund hat die DPAG gegenüber der Bundesnetzagentur erklärt, dass sie den Universaldienst auch ohne Verpflichtung flächendeckend und vollumfänglich anbieten wird. Nach Angaben der Behörde erfüllt schon allein das aktuelle Leistungsangebot der DPAG die

10 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 46; dies., Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 274.

11 Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 288 ff.

Vorgaben der Verordnung.¹² Auch im Briefbereich wird die Wahrscheinlichkeit für ein Universaldienstdefizit immer geringer, je stärker sich Wettbewerber am Markt etablieren.

21. Eine in erster Linie wettbewerbliche Frage ist die Bereitstellung und Finanzierung des Universaldienstes, wenn einzelne Leistungen des Universaldienstes tatsächlich nicht von selbst ausreichend oder angemessen erbracht werden. Dann hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, entweder einen der Anbieter direkt zur Erbringung des Universaldienstes zu verpflichten oder diese Aufgabe auszuschreiben. Die Monopolkommission spricht sich für die Ausschreibungslösung aus.¹³ Würde alternativ ein bestimmtes Unternehmen zum Angebot verpflichtet, ergäben sich gegenüber der Ausschreibungslösung zwei Nachteile. Zum einen würde das eventuelle Defizit aus der Universaldienstverpflichtung auf der Grundlage der langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der geforderten Dienstleistungen erfolgen. Deren Ermittlung ist schwierig und bietet dem Anbieter im Allgemeinen nicht die optimalen Anreize zur Kostensenkung. Bei einer Ausschreibung müssen diese Kosten nicht ermittelt werden; die Anbieter haben ohnehin alle Anreize, die betreffende Dienstleistung effizient bereitzustellen. Zum anderen wäre bei einer Verpflichtung ohne Ausschreibung nicht garantiert, dass die Bundesnetzagentur tatsächlich dem Unternehmen den Zuschlag erteilt, welches das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis abzugeben bereit ist.

1.3 Vertretung im Weltpostverein

22. Der Weltpostverein (WPV; Universal Postal Union – UBU) mit Sitz in Bern wurde 1874 gegründet und regelt die internationale Zusammenarbeit der Postbehörden und die Rahmenbedingungen des grenzüberschreitenden Postverkehrs. Er hat derzeit 191 Mitgliedstaaten. Seit 1948 ist der Weltpostverein eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen. Der institutionelle Rahmen des Weltpostvereins bildet die beim Weltpostkongress von Wien am 10. Juli 1964 angenommene Satzung; ergänzt wird die Satzung durch ein „Übereinkommen zwischen den Vereinten Nationen und dem Weltpostverein“ aus dem Jahr 1947 und durch ein Zusatzübereinkommen von 1949¹⁴ sowie die Allgemeine Verfahrensordnung. Die ständigen Organe des Weltpostvereins sind der Verwaltungsrat (Council of Administration), der sich mit rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Fragen des Vereins befasst, der Rat für Postbetrieb (Postal Operations Council), in dessen Verantwortungsbereich Fragen wirtschaftlicher, betrieblicher und technischer Art fallen, die erst im September 2004 eingerichtete „Beratende Kommission“ (Consultative Committee) und schließlich das Internationale Büro als Sekretariat des Vereins. Daneben tritt alle fünf Jahre der Weltpostkongress zusammen, der sich aus Vertretern aller Mitgliedsländer des Weltpostvereins zusammensetzt. Die Funktion des Kongresses ist im Wesentlichen die regelmäßige Revision der allgemeinen Rechtsvorschriften, die auf die internationalen Postdienste anwendbar sind, wobei der Kongress in den letzten Jahren wichtige legislative Zuständigkeiten an die Räte delegiert hat und inzwischen nur noch die wesentlichen Leitlinien festlegt. Der materielle

¹² Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 125.

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 50.

¹⁴ Das Übereinkommen zwischen den Vereinten Nationen und dem Weltpostverein vom 4. Juli 1947 und das Zusatzübereinkommen von 27. Juli 1949 sind abrufbar unter <http://www.upu.int/acts/en/index.shtml>.

Regelungsrahmen für die Erbringung von grenzüberschreitenden Postdiensten ist im Weltpostvertrag und in den zusätzlichen Abkommen zwischen den nationalen Postdienstleistern enthalten.

23. Einige der wichtigsten Bestimmungen des Weltpostvertrags und der ergänzenden Abkommen betreffen den Anspruch auf einen festgelegten Universaldienst und die Dienste, die alle Länder hierfür bereitstellen (z.B. Beförderung von Briefen, Paketen, Postkarten, Zeitungen, Wert- und Einschreibesendungen usw.), die Einhaltung von Qualitätsvorgaben, den freien Durchgang von Postsendungen (Transitfreiheit, definiert als die Pflicht, Sendungen aus dem Ausland so zu behandeln wie eigene Sendungen), das Eigentum an den Postsendungen, Gebühren für Postdienste und Gebührenbefreiungen, Zollkontrollen, die Rücksendung unzustellbarer Sendungen und die Durchführung von Ermittlungen und Beschwerdeverfahren im Falle von nicht zugestellten Sendungen, die Haftung der Postdienstleister und die Zahlung von Schadensersatz, Durchgangs- und Endvergütungen (d.h. Vergütungen für die Kosten der internationalen Weiterbeförderung von Sendungen eines anderen Postdienstleisters an einen dritten Postdienstleister – Durchgang – oder die Zustellung der Sendung im eigenen Land – Endvergütung), die Verhinderung der Gebührenumgehung in Form der Nutzung der günstigsten Konditionen in einem Drittland (sog. Anti-Remail-Vorschriften).

24. Mit dem „Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins“ (im Folgenden „Vertragsgesetz“)¹⁵ wurde im Juni 2002 der Weltpostvertrag einschließlich Schlussprotokoll, die Allgemeine Verfahrensordnung, das sog. Postzahlungsdiens-te-Übereinkommen sowie das Sechste Zusatzprotokoll zur Satzung des Weltpostvereins in deutsches Recht umgesetzt. Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Vertragsgesetzes nimmt (allein) die DPAG für die Bundesrepublik Deutschland die Rechte und Pflichten wahr, die sich für eine Postverwaltung im Verhältnis zu den Benutzern und zu den anderen Postverwaltungen aus dem Weltpostvertrag ergeben. Zwar können hierzu nach Art. 4 Abs. 2 des Vertragsgesetzes auf Antrag auch andere Unternehmen zugelassen werden; das Bundeswirtschaftsministerium wird diesbezüglich ermächtigt, durch Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zulassung, d.h. das Auswahlverfahren und den Inhalt der Zulassung, zu bestimmen und festzulegen, für welchen Zeitraum die Zulassung gilt. Jedoch wurde von dieser Ermächtigung, die Zulassung anderer Anbieter neben der DPAG zu regeln, bisher – soweit ersichtlich – kein Gebrauch gemacht.^{16,17}

Bislang ist demnach die Umsetzung des Weltpostvertrags in deutsches Recht allein auf die DPAG ausgerichtet. Sie wird als einziger deutscher Anbieter von Postdienstleistungen im Weltpostverein genannt. Damit besteht bei grenzüberschreitenden Sendungen im Regelungsbereich des Vertragsgesetzes faktisch weiterhin ein postrechtliches Vertretungsmonopol der DPAG. Die Verbraucher haben beim Versand von einfachen internationalen Briefsendungen keine Möglichkeit, über Wettbewerber der DPAG zu versenden, weil bislang ausschließlich die DPAG den im Rahmen des Weltpostvertrags geregelten Zugang zu den Netzen ausländischer Postdienstleister hat und grenzüberschreitende Sendungen an die im Weltpostverein organisierten ausländischen Anbieter weiter-

¹⁵ BGBl. II, Nr. 23 vom 25. Juni 2002, S. 1446.

¹⁶ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 95.

¹⁷ Die Einhaltung des Weltpostvertrags einschließlich aufgrund des Vertragsgesetzes erlassener Rechtsverordnungen wird nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Vertragsgesetzes von der Bundesnetzagentur überwacht.

leiten darf. Darüber hinaus überträgt die Bundesrepublik Deutschland ihre Vertretung im Postal Operations Council, in dem über wichtige wirtschaftliche, betriebliche und technische Fragen des internationalen Postaustausches entschieden wird, der DPAG, so wie sich auch die anderen Mitgliedsländer von ihren nationalen Universaldienstleistern in diesem Gremium vertreten lassen. Die Wettbewerbshindernisse, die von diesen Regelungen ausgehen können, werden von den Wettbewerbern als kaum zu unterschätzen beurteilt. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die DPAG ihre Stellung im Postal Operations Council dahingehend nutzt, Regelungen, die den internationalen Postaustausch betreffen aber damit auch national Wirkung entfalten, derart zu beeinflussen, dass ihren Wettbewerbern auf dem deutschen Postmarkt daraus gegebenenfalls erhebliche Nachteile entstehen.

25. Die Monopolkommission sieht in der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein ein Relikt aus vergangenen Monopolzeiten. Die Liberalisierung, die zum 1. Januar 2008 für den nationalen Briefbereich stattgefunden hat, muss konsequenterweise auch auf die Stellung anderer Anbieter im Bereich der grenzüberschreitenden Postbeförderung übertragen werden.¹⁸ Nach Ansicht der Monopolkommission sollten alle Unternehmen, die sich zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären, über die gleichen Rechte und Pflichten und über die gleichen Mitwirkungsrechte im Weltpostverein verfügen wie die DPAG. Die Möglichkeit der Wettbewerber, sich seit September 2004 im Consultative Committee des Weltpostvereins, dem nur eine beratende Funktion zukommt, zu engagieren, ist in keiner Weise gleichrangig mit einem Sitz der DPAG im Postal Operations Council.

26. Seit einigen Jahren wird eine grundlegende Reform des Weltpostvereins diskutiert. Die Kommission „1“ des Verwaltungsrates hat nach dem Weltpostkongress von 2004 in Bukarest verschiedene Studien und Umfragen durchgeführt mit der Fragestellung, wie die Struktur, die Zusammensetzung und die Entscheidungsprozesse innerhalb der einzelnen Organe des Weltpostvereins zu verbessern sind. Insbesondere ging es darum, die bestehende Organisationsstruktur, vor allem hinsichtlich der Trennung und Verteilung der Regierungs-, Regulierungs- und operativen Funktionen, entsprechend der in einigen Mitgliedsländern bereits vollzogenen Liberalisierung anzupassen. Die Monopolkommission begrüßt diese Initiative ausdrücklich. Das Ziel muss eine gleichberechtigte Partizipation sämtlicher in den Mitgliedsländern tätigen Postdienstleister sein, die grenzüberschreitende Postdienstleistungen anbieten. Sollte sich am Ende der Diskussion herausstellen, dass eine gleichberechtigte Partizipation nicht möglich oder von der Mehrheit der Mitgliedsländer nicht gewünscht wird, empfiehlt die Monopolkommission, die Interessenvertretung und Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland im Weltpostverein unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern auszuschreiben.

¹⁸ Vgl. dazu ebenso Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat, Der Kongress des Weltpostvereins 2004, KOM(2004) 398 endgültig, Brüssel, 25. Mai 2004, Tz. 46.

2. Entwicklungen in den Postmärkten

2.1 Marktentwicklung in europäischen Ländern

27. Die Liberalisierung der Postmärkte verläuft in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) in unterschiedlichem Tempo. Bislang haben vier Mitgliedstaaten den reservierten Bereich vor dem in der Postrichtlinie genannten Datum abgeschafft: Schweden und Finnland haben ihre Märkte bereits in den Jahren 1993 bzw. 1994 für den Wettbewerb geöffnet, Großbritannien folgte im Jahr 2007, Deutschland – mit Abstand der größte nationale Postmarkt der Europäischen Union – ein Jahr später. Bis spätestens 2013 müssen alle Mitgliedstaaten ihre Briefmärkte für den Wettbewerb geöffnet haben.

2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie

28. Die Vorgaben der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten zur Öffnung der Märkte für Postdienstleistungen finden sich in der Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997 (Postrichtlinie). Ursprünglich war darin eine vollständige Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2003 vorgesehen. Dieser Zeitpunkt wurde jedoch durch die Änderungsrichtlinie 2002/39/EG vom 10. Juni 2002 verschoben. Nach Art. 7 der geänderten Fassung wurde die EU-Kommission beauftragt, eine Prospektivstudie zu erstellen, „in der für jeden Mitgliedstaat bewertet wird, welche Auswirkungen die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste im Jahr 2009 auf den Universaldienst haben wird“, und auf der Grundlage der Schlussfolgerungen der Studie dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 31. Januar 2006 einen Vorschlag zur etwaigen Bestätigung des auf 2009 festgelegten Termins für die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste oder zur Festlegung anderweitiger Schritte zu unterbreiten. Die EU-Kommission legte am 18. Oktober 2006 die vorgesehene Prospektivstudie¹⁹ und einen darauf basierenden Richtlinienentwurf²⁰ vor. Sie schlug darin eine vollständige Liberalisierung der Briefmärkte zum 1. Januar 2009 vor. Die bisherige stufenweise Liberalisierung habe den Universaldienstleistern ausreichend Zeit für die notwendigen Modernisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen gelassen, um unter neuen Marktbedingungen ihre Lebensfähigkeit langfristig zu gewährleisten; zudem hätten die Mitgliedstaaten ihre Regulierungssysteme an ein offeneres Umfeld angepasst (bzw. anpassen können). Daher sei der 1. Januar 2009 als Zeitpunkt für die Beseitigung sämtlicher Exklusivrechte nach wie vor angemessen. Ursprünglich war geplant, die Richtlinie noch während der deutschen Ratspräsidentschaft, also im ersten Halbjahr 2007, zu verabschieden. Allerdings zeichnete sich schon direkt nach Veröffentlichung des Richtlinienentwurfs ab, dass dieser wohl nicht mehrheitsfähig sein würde. Zahlreiche Mitgliedstaaten sprachen sich gegen eine Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2009 aus, darunter Frankreich, Italien, Spanien, Belgien, Griechenland und Polen.

19 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Prospektivstudie der Kommission über die Auswirkungen der Vollendung des Postbinnenmarktes im Jahr 2009 auf den Universaldienst, KOM(2006) 596 endgültig, Brüssel, 18. Oktober 2006.

20 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste, KOM(2006) 594 endgültig, Brüssel, 18. Oktober 2006.

29. Das Europäische Parlament und der Rat verständigten sich letztlich auf eine Verschiebung dieses Termins um zwei Jahre²¹ und verabschiedeten im Februar 2008 die Neufassung des Richtlinienentwurfs als Richtlinie 2008/6/EG („dritte Postrichtlinie“). In Art. 2 Abs. 1 ist dort als Datum der Marktöffnung der 1. Januar 2011 festgehalten. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie können elf der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union dafür optieren, die Liberalisierung bis zum 31. Dezember 2012 zurückzustellen, um bestimmte Dienstleistungen weiterhin für Anbieter von Universaldienstleistungen zu reservieren. Dies sind Zypern, die Tschechische Republik, Griechenland, Ungarn, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Polen, Rumänien und die Slowakei. Die Neufassung von Art. 7 Abs. 1 bedeutet, dass eine bereits weggefallene Exklusivlizenz ab Anfang 2009 weder ihrem bisherigen Inhaber noch einem anderen Unternehmen (erneut) erteilt werden darf und dass zudem noch fortbestehende „besondere Rechte“ nicht über Ende 2008 hinaus aufrechterhalten werden dürfen. Nach Art. 3 Abs. 3 des Rechtsaktes dürfen Länder, die ihre reservierten Bereiche vor dem 31. Dezember 2012 abschaffen, zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 31. Dezember 2012 die Erteilung einer Lizenz für Dienstleistungen innerhalb der betreffenden abgeschafften Exklusivlizenz an Unternehmen verweigern, die Dienstleistungen im Bereich des Universaldienstes anbieten und denen eine Exklusivlizenz in einem anderen Mitgliedstaat eingeräumt wird (sog. Reziprozitätsklausel).

30. Die Monopolkommission hat schon früher ihr Bedauern darüber ausgedrückt, dass der Termin für die europaweite Marktöffnung der Briefmärkte von Anfang 2009 auf Anfang 2011 verschoben wurde. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche diese erneute Verschiebung rechtfertigen würden. Die Möglichkeit für die elf aufgeführten Länder, die Marktöffnung bis 2013 zu verschieben, um die Erbringung des Universaldienstes zu gewährleisten, ist aus Sicht der Monopolkommission ebenfalls nicht notwendig. Sollte sich tatsächlich herausstellen, dass in bestimmten Ländern eine flächendeckende postalische Grundversorgung nicht vom Markt selbst zu den gewünschten Preisen erbracht wird, besteht die Möglichkeit, einem Anbieter eine Universaldienstverpflichtung aufzuerlegen und diesen dafür finanziell zu entschädigen. Alternativ kann die Universaldienstverpflichtung ausgeschrieben werden. Beide Lösungen sind einer Finanzierung des Universaldienstes durch die Gewährung von Monopolrechten vorzuziehen. Zum einen ist kaum zu erwarten, dass die Höhe der Monopolrente genau den Kosten der zu erbringenden Universaldienstleistungen entspricht; in der Regel dürfte die Monopolrente eher höher sein. Zum anderen ist eine direkte finanzielle Entlohnung des Universaldienstleisters auch deshalb günstiger, weil die durch ein Monopol zusätzlich entstehenden Wohlfahrtsverluste vermieden werden. Diese Wohlfahrtsverluste bestehen in erster Linie darin, dass die Kunden durch die höheren Preise des Monopolisten weniger Postdienstleistungen nachfragen, als sie es in einer Situation ohne Exklusivlizenz, d.h. ohne Monopolisten, tun würden.

31. Ebenso zu kritisieren ist die Reziprozitätsklausel. Es gibt keinen Grund dafür, Träger von Exklusivrechten im Ausland nicht auf dem inländischen Briefmarkt zuzulassen.

²¹ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 11. Juli 2007, ABl. EU Nr. C 175 E vom 10. Juli 2008, S. 371. Vgl. Pressemitteilung 13066/07 des Rates vom 3. Oktober 2007. Ebenso für den 1. Januar 2011 sprach sich der Ausschuss der Regionen aus, vgl. die Stellungnahme in: ABl. EU Nr. C 197 vom 24. August 2007, S. 37. Für den 1. Januar 2012 hatte der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss plädiert, vgl. die Stellungnahme in: ABl. EU Nr. C 168 vom 20. Juli 2007, S. 74.

Der Markteintritt von Unternehmen belebt den Wettbewerb. Dabei spielt es zunächst keine Rolle, ob dieses Unternehmen auf anderen Märkten Exklusivrechte hat oder nicht. Es wird Postdienstleister geben, die ihre Monopolgewinne aus der Exklusivlizenz im Heimatland dazu nutzen, beim Eintritt in einen ausländischen Markt zu besonders niedrigen oder nicht kostendeckenden Preis anzubieten, um schnell Marktanteile zu gewinnen. Eine derartige Quersubventionierung bedeutet eine Umverteilung von den Verbrauchern des Heimatlandes zu den Verbrauchern auf dem betreffenden ausländischen Markt. Letztere würden durch die niedrigeren Preise von einer einseitigen Liberalisierung sogar profitieren. Das Ausmaß der Quersubventionierung dürfte sich allerdings in Grenzen halten. Zum einen wird ein Unternehmen langfristig nur dann auf einem Markt bleiben, wenn es dort auch Gewinne erzielen kann. Zum anderen wird die allgemeine Wettbewerbsaufsicht verhindern, dass der ausländische Anbieter durch seine Quersubventionierung die inländischen Anbieter verdrängen kann.

2.1.2 Marktentwicklung in ausgewählten Ländern

32. Die Marktentwicklung in den Ländern der Europäischen Union, die ihre Märkte bereits ganz oder teilweise dem Wettbewerb geöffnet haben, ist bisher recht unterschiedlich verlaufen. Diese Unterschiede lassen sich teilweise auf unterschiedliche geografische Bedingungen, vor allem aber auf regulatorische Unterschiede zurückführen.²² Zusammengenommen ermöglichen es diese unterschiedlichen Entwicklungen, eine bessere Prognose darüber aufzustellen, wie sich der deutsche Markt nach Abschaffung der Exklusivlizenz entwickeln wird.

33. Finnland hat die Exklusivlizenz bereits im Jahr 1991 abgeschafft.²³ Dennoch hat sich noch immer kein Wettbewerber im Briefbereich etabliert. Der etablierte Anbieter Itella (früher: Posti) befindet sich zu 100 % in Staatsbesitz. Postdienstleistungen sind voll umsatzsteuerpflichtig. Lizenzen für Wettbewerber werden mit Universaldienstverpflichtungen verknüpft. Als im Jahr 1995 ein alternativer Postdienstleister eine Lizenz zur Briefbeförderung beantragte, entbrannte eine Diskussion über die angebliche Gefährdung des Universaldienstes durch den Wettbewerb. Wesentliches Resultat der Debatte war der im Jahr 1997 verabschiedete „Postal Fee Act“.²⁴ Nach den Vorgaben dieses Gesetzes müssen Briefdienstleister entweder werktätig flächendeckend in Finnland zustellen oder aber eine zusätzliche Umsatzsteuer entrichten, die abhängig von der Bevölkerungsdichte im Versorgungsgebiet des betreffenden Anbieters zwischen 5 und 20 % beträgt. So müsste ein Postdienstleister, der z.B. nur im Großraum Helsinki zustellt, den maximalen Steuersatz von 20 % auf erzielte Umsätze entrichten. Aufgrund der geringen Bevölkerungsdichte von Finnland – das Land ist so groß wie die Bundesrepublik Deutschland, hat aber nur 5,3 Mio. Einwohner – ist es kaum vorstellbar, dass eine flächendeckende Zustellung für mehr als ein Unternehmen wirtschaftlich rentabel

22 Vgl. Oelmann, M., Regulatorische Marktzutrittsbedingungen und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb: Erfahrungen aus ausgewählten Briefmärkten Europas, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 291, Bad Honnef 2007.

23 Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Finnland vgl. ITA Consulting/WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, Study for the European Commission, DG Internal Market and Services, August 2009, Annex: Country Fiches, S. 39-43.

24 Act on the Fee Collected for Securing the Provision of Postal Services on Sparsely Populated Areas („Postal Fee Act“), 1997.

sein kann. Es überrascht daher nicht, dass Itella trotz der De-facto-Liberalisierung bis heute der einzige Anbieter von Briefdienstleistungen in Finnland ist. Das Land ist ein Beispiel dafür, wie trotz formaler Marktöffnung funktionierender Wettbewerb verhindert werden kann.

34. Schweden hat die Exklusivlizenz im Jahr 1993 abgeschafft.²⁵ Posten Norden AB²⁶ hält im Briefbereich einen Marktanteil von 89 %. Konsolidierung spielt im schwedischen Briefmarkt praktisch keine Rolle. Dafür konnte sich im Infrastrukturwettbewerb in den letzten Jahren neben der Posten AB ein weiteres Unternehmen am Markt behaupten, die Bring Citymail, gegründet 1991 und seit 2002 im Besitz der norwegischen Post. CityMail stellt nur zweimal wöchentlich und nur im Süden des Landes zu. Das Unternehmen erreicht damit ca. 54 % der schwedischen Haushalte. CityMail ist in erster Linie im B2C-Bereich tätig sowie auf die Zustellung von computergenerierten, adressierten Brief- und Werbesendungen spezialisiert und hat einen Marktanteil von 10,7 %. Schweden ist ein Beispiel dafür, dass Infrastrukturwettbewerb im Briefbereich selbst unter denkbar ungünstigen Rahmenbedingungen – einer großen Fläche und geringen Bevölkerungsdichte – möglich ist und Wettbewerber zumindest in einem Nischenmarkt erfolgreich anbieten können. Gleichzeitig erfolgt durch das marktbeherrschende Unternehmen, auch ohne dass es dafür finanziell entschädigt wird, eine flächendeckende Zustellung zu erschwinglichen Preisen.

35. Großbritannien hat die Exklusivlizenz im Jahr 2006 abgeschafft.²⁷ Die Liberalisierung des britischen Briefmarktes war in zweierlei Weise ungewöhnlich, zum einem, weil der Gesetzgeber die Regulierungsbehörde Postcomm ermächtigt hat, selbst über die Marktöffnung zu entscheiden, zum anderen, weil Postcomm anschliessend eine Marktöffnungsstrategie umgesetzt hat, die sich erheblich von der EU-Strategie einer schrittweisen Reduktion der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz unterschied. Stattdessen wurden gezielt Massensendungen für den Wettbewerb geöffnet. Ab April 2002 durften Wettbewerber Sendungen befördern, die zu mindestens 4.000 Stück eingeliefert werden; dies entsprach 30 % des Briefmarktes. Ab April 2005 sollten durch Absenkung der Mindesteinlieferungsmenge weitere 30 % des Marktes liberalisiert und 2007 die Exklusivlizenz von Royal Mail vollends aufgehoben werden. Zu Jahresbeginn 2005 entschied Postcomm angesichts der bislang unbefriedigenden Wettbewerbsentwicklung, die zweite Stufe der Liberalisierung zu überspringen und die Exklusivlizenz schon ab Januar 2006 vollständig zu beseitigen. Trotz der vollständigen Marktöffnung hat sich in Grossbritannien bisher nahezu kein Infrastrukturwettbewerb etabliert. Der Marktanteil der Wettbewerber von Royal Mail, die selbst zustellen, ist von 0,2 % nach der Marktöffnung auf 0,13 % im Jahr 2008 gesunken. Starker Wettbewerb hat sich allerdings über den Netz- bzw. Teilleistungszugang entwickelt. Der erste Vertrag über den Zugang zu Teilleistungen zwischen Royal Mail und UK Mail kam im Februar 2004 auf Druck

25 Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Schweden vgl. ITA Consulting/ WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, a.a.O., S. 145-149.

26 Am 24. Juni 2009 fusionierte die schwedische Posten AB mit der Post Danmark A/S zur Posten Norden AB. Schweden hält 60 % und Dänemark 40 % der Anteile. Die Stimmrechtsverteilung ist 50:50.

27 Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Großbritannien vgl. ITA Consulting/ WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, a.a.O., S. 150-155.

von Postcomm zustande. Seitdem bietet Royal Mail sowohl großen Endkunden als auch Wettbewerbern sehr attraktive Rabatte für Vorsortierung und Transportleistungen an. Rund 30 % aller Briefsendungen werden inzwischen von Wettbewerbern und Endkunden mittels Zugangsverträgen versendet (davon wiederum zwei Drittel von Wettbewerbern und ein Drittel von Endkunden). Die größten Anbieter in diesem Bereich sind UK Mail, TNT Post und die DPAG-Tochter DHL Global Mail.

36. Die Niederlande, wo eine vollständige Marktöffnung zum 1. Januar 2008 geplant war, haben die Liberalisierung auf den 1. April 2009 verschoben.²⁸ Die niederländische Regierung brachte hierfür eine Reihe von Argumenten vor. Dazu zählten unter anderem die Arbeitsbedingungen bei den wichtigsten Wettbewerbern des etablierten niederländischen Postbetreibers TNT, das Fehlen gleicher Wettbewerbsbedingungen für Postdienstleister aufgrund der Mehrwertsteuerbefreiung der etablierten Anbieter in Deutschland und Großbritannien sowie die Einführung eines Mindestlohns für Briefzusteller in Deutschland, durch den sich die Kosten für neue Anbieter erhöhten. Schon vorher waren adressierte Werbesendungen aus dem reservierten Bereich ausgenommen. In den Niederlanden gibt es keine Lizenzierung des Briefbereichs und damit verbunden auch keine Zahlen über Anzahl und Art der Anbieter. Der ehemals staatliche Anbieter TNT wurde im Jahr 2006 vollständig privatisiert. Sein Marktanteil im Jahr 2008 betrug 88 % im Briefbereich (2007: 86 %). Die zwei größten Wettbewerber sind Sandd (Sort and Deliver) und Selektmail, eine Tochter der DPAG, welche sich auf den B2C-Bereich spezialisiert haben und zweimal wöchentlich flächendeckend an Endhaushalte zustellen. Dass der Infrastrukturwettbewerb in den Niederlanden schon vor der Liberalisierung deutlich stärker als in Schweden war, dürfte auf die höhere Bevölkerungsdichte zurückzuführen sein. Die Bevölkerungsdichte in Deutschland ist deutlich höher als in Schweden, aber geringer als die der Niederlande, in einigen Teilen Deutschlands entspricht sie derjenigen der Niederlande. Somit ist zu erwarten, dass unter vergleichbaren regulatorischen Rahmenbedingungen in einigen Teilen Deutschlands intensiver Infrastrukturwettbewerb möglich ist.

37. In der Gesamtschau ist festzustellen, dass die Abschaffung der Exklusivlizenz für Standardbriefe eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für Wettbewerb auf den Briefmärkten ist. Bestimmungen, die den etablierten Anbieter einseitig schützen, sind geeignet, den Wettbewerb vollständig zu verhindern, selbst wenn keine reservierten Bereiche mehr existieren, d.h. der Markt für Wettbewerber formal vollständig geöffnet ist. Wettbewerb auf den Briefmärkten kann sowohl in Form von Wettbewerb durch eigene Netze (Infrastrukturwettbewerb) als auch über den Zugang zum Briefnetz des etablierten Anbieters (sog. Teilleistungszugang) stattfinden. Das Potenzial für Infrastrukturwettbewerb ist umso größer, je höher die Bevölkerungsdichte eines Landes und das Sendungsvolumen pro Adresse ist. Wettbewerb über den Teilleistungszugang ist dagegen auch bei geringer Bevölkerungsdichte und niedrigen Sendungsmengen profitabel. In Europa nimmt die Bedeutung des Wettbewerbs über den Teilleistungszugang im Vergleich zum Infrastrukturwettbewerb zu.²⁹ Ein Grund dafür dürfte sein, dass die

²⁸ Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in den Niederlanden vgl. ITA Consulting/WIK-Consult, *The Evolution of the European Postal Markets since 1997*, a.a.O., S. 102-106.

²⁹ Vgl. Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung der Postrichtlinie (Richtlinie 97/67/EG, geändert durch die Richtlinie 2002/39/EG), KOM(2008) 884 endgültig, Brüssel, 22. Dezember 2008, S. 5.

Marktteilnehmer im Briefbereich infolge der Substitutionskonkurrenz durch elektronische Kommunikation (Internet, E-Mail, SMS) von bestenfalls stagnierenden, oft aber von sinkenden Briefsendungsmengen in der Zukunft ausgehen. Weil Einsparungen durch Größenvorteile eine wichtige Rolle beim Briefgeschäft spielen, haben es neue Anbieter bei einem stagnierenden oder sogar rückläufigen Sendungsvolumen schwer, ebenfalls Größenvorteile zu realisieren und ein flächendeckendes Zustellnetz konkurrenzfähig zu betreiben.

2.2 Marktentwicklung in Deutschland

38. Insgesamt umfasste der Markt für Postdienstleistungen in Deutschland im Jahr 2008 Umsätze in Höhe von 24,7 Mrd. EUR.³⁰ Hiervon entfielen 15 Mrd. EUR auf den Bereich Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP)³¹ und 9,7 Mrd. EUR auf den Bereich für lizenzpflichtige Postdienstleistungen, d.h. für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g für andere. Damit ist der deutsche Postmarkt trotz der Finanz- und Wirtschaftskrise in den letzten zwei Jahren um mehr als 1 Mrd. EUR gewachsen. Getragen wurde das Wachstum vom KEP-Bereich, der sich schon in den vergangenen Jahren dynamisch entwickelt hat. So stieg das Sendungsvolumen im Jahr 2006 um 8,6 % und im Jahr 2007 um 5,3 %. Für das Jahr 2008 rechnete die KEP-Branche mit einer Wachstumsrate von 2 bis 3 %, für 2009 mit bis zu 2 % Wachstum; endgültige Zahlen sind bislang nicht verfügbar. Ob sich diese Erwartung einstellt, bleibt angesichts der ungünstigen Rahmenbedingungen abzuwarten. Während im ersten Halbjahr 2008 noch ein leichter Anstieg des Sendungsvolumens verzeichnet wurde, zeigte sich im zweiten Halbjahr eine deutliche Abschwächung. Die positive Entwicklung der letzten Jahre im Bereich der Paketdienste ist vor allem auf die wachsende Nutzung des Versandhandels – speziell des Online-Handels – zurückzuführen. Darüber hinaus fragen heute nicht mehr nur Geschäftskunden für zeitkritische Lieferungen zunehmend höherwertige Postdienstleistungen nach; auch Privatkunden sind zunehmend an solchen Leistungen interessiert. Standardpakete werden überwiegend von den sog. Systemanbietern befördert, die über eine auf den Massenumschlag ausgelegte Infrastruktur und ein Zustellnetz mit hoher Flächenabdeckung verfügen; dazu zählen DHL, DPD, FedEx, GLS, Hermes Logistik, TNT Express und UPS. Daneben existieren eine Vielzahl kleinerer, meist spezialisierter und/oder regional tätiger Anbieter; diese sind schwerpunktmäßig im Bereich der Express- und Kurierdienste tätig.

39. Im Briefbereich war die Marktentwicklung in den letzten Jahren weniger dynamisch. So stieg das Sendungsvolumen im Jahr 2006 um 2,4 % und im Jahr 2007 um nur 1,7 %. Für 2008 hat die Bundesnetzagentur trotz der schlechten Wirtschaftsentwicklung überraschenderweise einen Anstieg um 1,8 % festgestellt. Für 2009 erwarten die Marktteilnehmer nach Angaben der Behörde zum Teil deutliche Rückgänge bei den Sen-

³⁰ Diese und die folgenden Marktdaten stammen aus dem Jahresbericht 2008 der Bundesnetzagentur – es sei denn, sie sind abweichend gekennzeichnet. Zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresberichts waren noch keine endgültigen Zahlen für 2008 verfügbar. Folglich handelt es sich um Erwartungswerte der Bundesnetzagentur.

³¹ Der Kurierdienst beinhaltet eine persönliche und direkte Beförderung der Sendung vom Absender zum Empfänger; Kurierfahrer verkehren nicht linienmäßig und sind auf Schnelligkeit ausgerichtet. Zum Expressdienst zählt die beschleunigte, termingenaue Beförderung von Sendungen in der Regel über Umschlagzentren (wie bei Paketen). Paketdienste sind Standardprodukte mit einer durchschnittlichen Laufzeit von ein bis zwei Tagen, ohne terminliche Fixierung der Zustellung.

dungsmengen und Umsätzen. Der Markt für Briefdienstleistungen ist traditionell der am stärksten regulierte Markt im Postbereich. Dies galt früher hinsichtlich der Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten der Anbieter infolge der bis Ende 2007 befristeten Exklusivlizenz der DPAG und gilt weiterhin hinsichtlich der Lizenzpflicht für Anbieter von Dienstleistungen für Sendungen bis 1.000 g.³² Tabelle 2.1 zeigt, dass innerhalb des lizenzpflichtigen Bereichs der Marktanteil der DPAG gemessen am Umsatz im Jahr 2007 88,7 % betrug; für das Jahr 2008 schätzt die Bundesnetzagentur ihren Marktanteil auf 89,3 %. Beim Sendungsaufkommen stieg ihr Anteil im gleichen Zeitraum von 91,3 % auf 91,6 %. Dementsprechend haben die Wettbewerber Marktanteile verloren. Sie beförderten im Jahr 2008 mit insg. 1,47 Mrd. Sendungen rund 65 Mio. weniger Sendungen als im Vorjahr. Damit ist die Marktdominanz der DPAG im Briefbereich trotz der zum 1. Januar 2008 formal erfolgten, vollständigen Liberalisierung des Postmarktes also nicht nur erhalten geblieben, sondern hat sich sogar noch verstärkt.

Tabelle 2.1:

Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008 (geschätzt)
Marktvolumen (Mrd. EUR)	10,164	9,900	9,994	9,863	10,092	9,975	9,675
Marktanteil DPAG (%)	97,0	96,1	94,7	92,4	89,3	88,7	89,3
Marktanteil Wettbewerber (%)	3,0	3,9	5,3	7,6	10,7	11,3	10,7

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 126

40. Im Jahr 2008 hat sich der sog. „End-to-End“-Wettbewerb zwischen der DPAG und den Wettbewerbern im Briefbereich, d.h. von der Einsammlung bis zur Zustellung, abgeschwächt, während der Teilleistungszugang stärker genutzt wurde. So hat sich das Volumen der konsolidierten und ins Briefnetz der DPAG eingespeisten Sendungen von 750 Mio. im Jahr 2007 auf rund 1,14 Mrd. in 2008 erhöht. Für das Jahr 2009 erwarten die Wettbewerber einen weiteren deutlichen Anstieg der konsolidierten Mengen auf ca. 1,5 Mrd. Stück. Insgesamt hat die DPAG 557 Neuverträge im Jahr 2008 zu den Teilleistungszugängen BZA (Briefzentrum Abgang) und BZE (Briefzentrum Eingang) geschlossen. Die entsprechenden Daten zeigt Tabelle 2.2. Diese Entwicklung dürfte nur zum Teil auf attraktivere Bedingungen beim Zugang zu Teilleistungen zurückzuführen sein; vielmehr ist davon auszugehen, dass die Wettbewerber infolge von Marktaustritten von Kooperationspartnern für bestimmte Regionen ihren Zustelldienstleister verloren haben und ihre Sendungen nun mangels Alternative von der DPAG zustellen lassen. Ferner wurden je 14 Verträge über den Zugang zu Postfachanlagen und über den Zugang zu Informationen über Adressänderungen abgeschlossen.

³² Ausgenommen von der Lizenzpflicht sind unter anderem Kurierdienstleistungen, die den in § 5 Abs. 2 Nr. 3 PostG festgelegten Kriterien entsprechen. Hier reicht eine einfache Anzeige bei der Bundesnetzagentur aus.

Tabelle 2.2:

**Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungsverträgen
seit 2000**

<i>Vertragspartner der DPAG</i>	<i>Sendungsart</i>	<i>Zugangspunkt</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>
Endkunden	Individualsendungen	BZA	3	109	124	188	159	148	108	53	125
		BZE	4	150	309	333	263	225	195	125	255
	Infopost	BZE	0	25	109	85	85	69	75	45	56
Endkunden insgesamt			7	284	542	606	507	472	378	223	436
Wettbewerber, Konsolidierer	Individualsendungen	BZA	0	1	4	1	1	91	38	9	49
		BZE	0	2	6	1	1	96	41	9	58
	Infopost	BZE	0	1	6	0	1	14	16	9	14
Wettbewerber, Konsolidierer insgesamt			0	4	16	2	3	199	95	27	121
Insgesamt			7	288	558	608	510	673	473	250	557

Quellen: BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 76; dies., Jahresbericht 2008, S. 130

41. Die Bundesnetzagentur hat zwischen 1998 und 2008 insgesamt 2.500 Lizenzen für die Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g vergeben. Hiervon sind 1.047 Lizenznehmer wieder aus dem Markt ausgetreten. Von den verbliebenen Lizenznehmern sind rund 800 aktiv. Rund 650 Unternehmen nutzen ihre Lizenz derzeit nicht. In 2008 sind 84 Wettbewerber der DPAG aus dem Markt ausgetreten, die meisten davon im ersten Quartal. Tabelle 2.3 zeigt die Zahl der Marktaustritte. Während diese in den Vorjahren in erster Linie auf Aufkäufe im Rahmen einer Marktkonsolidierung zurückzuführen waren, handelte es sich nach Angaben der Bundesnetzagentur seit Mitte 2007 vornehmlich um Geschäftsaufgaben oder Insolvenzen. Während Anfang 2008 relativ wenige Neuanträge auf Erteilung einer Lizenz gestellt wurden, hat sich ihre Zahl im weiteren Verlauf des Jahres wieder normalisiert.

Tabelle 2.3:

Marktaustritte im Briefbereich 2008

	<i>1. Quartal</i>	<i>2. Quartal</i>	<i>3. Quartal</i>	<i>4. Quartal</i>	<i>Summe</i>
2006	15	10	64	17	106
2007	29	13	65	81	188
2008	56	2	11	15	84

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 129

42. Einen Eindruck von den Anbietern im Briefbereich gibt die Anzahl der verschiedenen sachlich beschränkten Lizenzen, welche die Bundesnetzagentur bis Ende 2007 erteilt hat. Dabei handelt es sich um Lizenzen für Postdienstleistungen, die gemäß § 51

Abs. 1 PostG von der Exklusivlizenz ausgenommen waren.³³ Am 31. Dezember 2007 hielten 2.372 Unternehmen eine A-Lizenz, 1.678 Unternehmen eine B-Lizenz, 1.422 Unternehmen eine C-Lizenz, 1.894 Unternehmen eine D-Lizenz, 2.091 Unternehmen eine E-Lizenz und 1.941 Unternehmen eine F-Lizenz. Bei den Lizenzen G und H, die erst ab Anfang 2003 erteilt wurden, beläuft sich die Zahl der Lizenznehmer auf 621 bzw. 582 Unternehmen. Die Lizenzdichte (Lizenzen je Einwohner) ist in den neuen Bundesländern deutlich höher als in den alten Bundesländern. Hierin spiegelt sich ein enger Zusammenhang zur Höhe der Arbeitslosenquote wider. In den neuen Bundesländern werden die sich eröffnenden Geschäftsmöglichkeiten auf den Postmärkten vergleichsweise intensiv genutzt. Dies zeigt, dass die Liberalisierung der Märkte unter günstigen Rahmenbedingungen die Gründung neuer Unternehmen erlaubt und neue Erwerbsquellen erschlossen werden können.

43. Tabelle 2.4 zeigt die Aufteilung der Umsätze, die die Wettbewerber in den Jahren zwischen 2000 und 2007 in den verschiedenen Lizenzbereichen erzielt haben. Die mit Abstand größte Bedeutung kam den höherwertigen Dienstleistungen nach der D-Lizenz zu. Hiermit erzielten die Wettbewerber im Jahr 2007 ca. 59 % ihres Gesamtumsatzes. Auch wies die Umsatzentwicklung bei den D-Lizenzen in den vergangenen Jahren im Vergleich mit den sonstigen lizenzierten Dienstleistungen hohe Wachstumsraten auf. Offensichtlich besteht am Markt eine Nachfrage nach höherwertigen Dienstleistungen, die von der DPAG nicht oder nur in unzureichender Weise bedient wird. Der von seiner wirtschaftlichen Bedeutung zweitwichtigste Lizenztyp war die B-Lizenz zur Beförderung inhaltsgleicher Briefsendungen über 50 g mit einem Anteil von über 13 % der von den Wettbewerbern erzielten Umsätze im Jahr 2007 (gegenüber 34,8 % im Jahr 2000).

Tabelle 2.4:

Aufteilung der Umsätze der Wettbewerber auf Dienstleistungen

<i>Dienstleistung</i>	<i>Anteile 2000 (%)</i>	<i>2000 (Mio. EUR)</i>	<i>2001 (Mio. EUR)</i>	<i>2002 (Mio. EUR)</i>	<i>2003 (Mio. EUR)</i>	<i>2004 (Mio. EUR)</i>	<i>2005 (Mio. EUR)</i>	<i>2006 (Mio. EUR)</i>	<i>2007 (Mio. EUR)</i>	<i>Anteile 2007 (%)</i>
PZA	0,0	0,0	1,0	5,0	18,5	73,6	56,4	70,2	60,0	4,9
A	19,0	32,9	37,3	35,6	26,1	37,6	51,8	91,7	110,0	9,1
B	34,8	60,2	86,4	92,5	88,0	107,4	124,4	147,2	162,0	13,4
D	26,8	46,5	83,0	125,8	183,4	264,4	380,7	555,4	718,0	59,2
E + F	4,0	6,9	8,6	12,8	19,9	16,4	28,6	43,4	51,0	4,2
G	0,0	0,0	0,0	0,0	16,2	6,4	68,5	89,9	106,0	8,7
Alt-lizenz	15,4	26,7	33,0	32,6	34,4	25,4	25,5	8,3	6,0	0,5

Quelle: BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 37

44. Bei den Wettbewerbern handelt es sich zum allergrößten Teil um kleine Unternehmen, d.h. Einzelunternehmen, Kleinst- und Familienunternehmen. Das Angebot dieser Lizenznehmer beschränkt sich in der Regel auf die Versorgung kleiner Regionalmärkte.

³³ Für eine Übersicht vgl. Abschnitt 1.1.

Durch Kooperationen versuchen die Lizenznehmer, die von ihnen versorgte Fläche und damit das Angebot an die Kunden auszudehnen. Nur wenige sind große und/oder international tätige Unternehmen. Tabelle 2.5 gibt einen Überblick über die Anzahl in verschiedenen Umsatzgruppen im Jahr 2007. Lediglich 24 Unternehmen fielen mit einem (prognostizierten) Umsatz von über 10 Mio. EUR nicht unter die kleinen Unternehmen; davon erzielten vier Anbieter mehr als 50 Mio. EUR Umsatz. 127 Unternehmen erzielten Umsätze zwischen 1 Mio. EUR und 10 Mio. EUR. Dass es sich bei den Wettbewerbern überwiegend um kleine Unternehmen handelt, ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die für eine Betätigung im größeren Umfang erforderlichen Beförderungsmengen wegen der bis Ende 2007 geltenden Exklusivlizenz der DPAG nicht für Wettbewerber zur Verfügung stand. Sie waren daher weitgehend auf Nischenangebote beschränkt. Die geringe Konzentration bei den Wettbewerbern der DPAG zeigt sich eindrücklich beim Vergleich der Konzentrationsmaße CR_1 und CR_5 .³⁴ Während das größte Unternehmen am Markt, die DPAG, im Jahr 2007 einen Marktanteil von 87,8 % hatte, entfielen auf die fünf umsatzstärksten Unternehmen nur rund 91 % der Umsätze. Das bedeutet, dass die vier größten Unternehmen am Markt neben der DPAG im Jahr 2007 nur rund 3,2 % des Umsatzes auf sich vereinten.³⁵ Insgesamt ist ein gewisses Größenwachstum bei den am Markt befindlichen Wettbewerbern festzustellen. Die Anzahl der Unternehmen mit einem Umsatz über 500.000 EUR ist von 150 im Jahr 2005, auf 184 im Jahr 2006 und schließlich auf 211 im Jahr 2007 gestiegen.

Tabelle 2.5:

Anzahl der Wettbewerber nach Umsatzgröße (ohne DPAG)¹

Umsatz	bis 10.000 EUR	10.001 bis 100.000 EUR	100.001 bis 500.000 EUR	500.001 bis 1.000.000 EUR	> 1 Mio. EUR bis 10 Mio. EUR	> 10 Mio. EUR
1999	108	167	62	11	15	4
2000	91	178	129	23	15	4
2201	77	192	143	21	30	5
2002	96	186	149	32	41	7
2003	138	225	162	50	54	8
2004	181	263	175	53	77	10
2005	127	209	152	47	91	12
2006	133	225	130	46	116	22
2007	122	234	134	50	137	24

¹ Die Anzahl der in der Übersicht erfassten Unternehmen entspricht nicht der Gesamtzahl der aktiven Lizenznehmer, weil teilweise eine Gesamtmeldung für in Konzernen verbundene Unternehmen abgegeben wurde.

Quelle: BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 54

³⁴ Die Kennzahl CR_x (concentration ratio) bezeichnet den Marktanteil der x größten Unternehmen am Markt.

³⁵ Bei diesen Angaben handelt es sich um Schätzwerte der Bundesnetzagentur; vgl. BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 63. Im Jahresbericht 2008 (S. 126) beziffert die Bundesnetzagentur den Marktanteil der DPAG im Briefbereich auf 88,7 %, macht aber für die vier umsatzstärksten Wettbewerber keine Angaben.

45. Im Vergleich zum Vorjahr haben sich die Betriebsergebnisse der Marktteilnehmer im Briefbereich im Jahr 2008 wesentlich verschlechtert. Lediglich 39 % der Anbieter erzielten Gewinne, in 2007 waren es noch 48 %; bei 23 % war das Betriebsergebnis ausgeglichen (2007: 30 %) und 38 % der Unternehmen erlitten Verluste (2007: 22 %).

46. Von der negativen Geschäftsentwicklung blieben die Beschäftigtenzahlen bei den Wettbewerbern der DPAG im (lizenzpflichtigen) Briefbereich nicht unberührt. Bei den Wettbewerbern waren infolge von Marktaustritten und des anhaltenden Trends zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen nach Angaben der Bundesnetzagentur im Jahr 2008 mit 29.000 Arbeitnehmern rund 19.000 weniger beschäftigt als Anfang 2007. Das entspricht einem Minus von 39,6 %.³⁶ Auch bei der DPAG wurden – wenn auch in geringerem Umfang – Stellen abgebaut. Hier waren einschließlich eines anteilig verrechneten Personalanteils des Verwaltungs-/Overheadbereichs rund 166.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Jahr 2007 gab es noch 167.5000 Beschäftigte bei der DPAG. Die Zahl der Beschäftigten im gesamten Postmarkt (Brief- und KEP-Dienste) ist im Jahr 2008 auf über 400.000 gestiegen. Dieser Zuwachs wurde also ausschließlich vom KEP-Bereich getragen.

2.3 Entwicklung der Deutschen Post AG

47. Die DPAG, die mit ihren Tochtergesellschaften unter dem Markennamen Deutsche Post DHL geführt wird, hat sich in den vergangenen Jahren zu einem weltweit tätigen Anbieter von Brief-, Express- und Logistik- und Finanzdienstleistungen entwickelt. Langfristiges Ziel der DPAG ist es, durch Übernahmen, Beteiligungen und Kooperationen zur Nummer Eins des weltweiten Logistikgeschäfts aufzusteigen. Der Konzern Deutsche Post DHL gliedert seine Aktivitäten in vier operative Unternehmensbereiche, die Bereiche „Brief“, „Express“, „Global Forwarding/Freight“ und „Supply Chain/Corporate Information Solutions (CIS)“. Der Bereich „Brief“ umfasst die Geschäftsfelder „Brief Kommunikation“ (Briefprodukte, Frankierung, Philatelie), „Dialog Marketing“ (Werbepost), „Presse Services“ (Vertrieb von Presseprodukten), „Paket Deutschland“ (Paketprodukte, Packstation) und „Global Mail“ (grenzüberschreitender Briefverkehr, Briefdienstleistungen in Inlandsmärkten anderer Länder). Der Bereich „Express“ beinhaltet die Erbringung von Kurier- und Expressdienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden. Im Bereich „Global Forwarding/ Freight“ bündelt das Unternehmen die Gütertransport-Aktivitäten über Schiene, Straße, Luft und See, wobei im Geschäftsfeld „Global Forwarding“ Luft- und Seefrachttransporte und Industrieprojekte betreut werden, während das Geschäftsfeld „Freight“ Transportleistungen wie Komplettladung, Stückgut- und Teilladung und den intermodalen Verkehr beinhaltet. Im Bereich „Supply Chain/CIS“ bietet das Unternehmen Lager-, Distributions-, Transport- und Mehrwertleistungen entlang der Beförderungskette und Lösungen für das Informations- und Kommunikationsmanagement in Unternehmen an. Nach dem Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an der Deutschen Postbank an die Deutsche Bank werden die Aktivitäten der Deutschen Postbank, welche früher den Unternehmensbereich „Finanzdienstleistungen“ darstellte, unter „Aufgegebene Geschäftsbereiche“ ausgewiesen. Die DPAG ist derzeit noch zu 39,5 % an der Postbank AG beteiligt. Der Gesamtumsatz der DPAG hat sich von 14,7 Mrd. EUR im Jahr 1998 auf 54,5 Mrd. EUR im Jahr 2008 erhöht und

³⁶ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 127.

damit mehr als verdreifacht. Die Umsatzzuwächse wurden nahezu ausschließlich in den Bereichen Express, Logistik und Finanzdienstleistungen erzielt; die Umsätze im eigentlichen Briefgeschäft sind dagegen in den letzten Jahren annähernd konstant geblieben. Im Jahr 2008 wurde im Unternehmensbereich „Brief“ ein Umsatz von ca. 14,4 Mrd. EUR erzielt. Dies entspricht einem Anteil von 26,4 %. Im Jahr 1998 lag der Umsatzanteil des Unternehmensbereichs „Brief“ noch bei knapp 70 %.

48. Seit 1998 hat die DPAG in großem Maße Unternehmenskäufe im In- und Ausland getätigt. Die größten Übernahmen waren der Kauf des Schweizer Logistikanbieters Danzas, der Kauf des Expressdienstleisters DHL, des Luftfrachtunternehmens Air Express International sowie der US-Firma Airborne Express im Express- und Logistikbereich. Daneben engagiert sich die DPAG in zunehmendem Umfang auch auf den Briefmärkten im Ausland. Hierzu hat sie verschiedene Briefdienstleistungsunternehmen in Europa und Nordamerika erworben und auch im asiatischen Raum expandiert. Die größte Übernahme in der Firmengeschichte der DPAG war jedoch der Erwerb des britischen Logistikkonzerns Exel. Dadurch ist die DPAG gemessen an der Mitarbeiterzahl zum größten Unternehmen in Deutschland aufgestiegen. Die Finanzierung der milliardenschweren Expansionsstrategie der DPAG war nur durch die hohen Gewinne im Briefbereich möglich.

49. Tabelle 2.6 zeigt die Entwicklung von Eigenkapital, Umsatz und Umsatzrenditen der DPAG seit dem Jahr 2000. Deutlich wird, dass die Umsatzrenditen im Briefbereich stets höher waren als im Expressbereich. Zu erwarten war, dass sich die Umsatzrendite im Unternehmensbereich Brief ab 2007 verschlechtern würde, weil das unter starkem Wettbewerbsdruck stehende deutsche Paketgeschäft seit Januar 2007 dem Unternehmensbereich Brief zugeordnet wurde. Entsprechend hätte sich die Gewinnmarge im Bereich Express erhöhen sollen. Dass diese Erwartungen nicht eingetreten sind, liegt an Einmaleffekten. Im Briefbereich hat die Rückzahlung aus dem EU-Beihilfeverfahren das Ergebnis um 572 Mio. EUR verbessert. Im Expressbereich haben Sonderaufwendungen das Ergebnis beeinflusst. Die Unternehmensleitung hat im November 2008 beschlossen, das Expressgeschäft in den USA auf die internationalen Angebote zu beschränken, d.h. das Inlandsgeschäft aufzugeben. Die Aufwendungen für die Restrukturierung und Reorganisation im Bereich US Express werden mit 2,1 Mrd. EUR angegeben.³⁷

50. Die Umsatzrendite im Briefbereich lag – mit Ausnahme von 2007 – weit über 15 %. Die schon seit Jahren zu beobachtende Entwicklung zu stabilen und außerordentlich hohen Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich setzt sich somit fort. Sie war damit in den Jahren 2000 bis 2008 mehr als doppelt so hoch wie die Umsatzrendite des Gesamtkonzerns (6,1 %) und betrug ein Vielfaches der Umsatzrendite im Expressbereich. Sie liegt deutlich über den in anderen, wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereichen üblicherweise erzielten Renditen. Dabei wird die Profitabilität des Briefbereichs durch die im Geschäftsbericht des Konzerns veröffentlichten Zahlen sogar noch unterschätzt, weil im Briefbereich neben den ertragreichen Briefdienstleistungen auch die weniger ertragreichen Produkte bzw. zum Teil sogar defizitäre Dienstleistungen wie Päckchen und Pakete, Büchersendungen, Waren- und Postwurfsendungen ausgewiesen werden.

³⁷ Vgl. DPAG, Geschäftsbericht 2008, S. 58, 135.

Tabelle 2.6:

Entwicklung der DPAG

<i>Jahr</i>	<i>Konzern</i>			<i>Brief</i>		<i>Express</i>	
	<i>Eigenkapital (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>
2000	4.001	32.708	7,3	11.733	17,1	6.022	1,3
2001	5.353	33.379	7,6	11.707	16,7	6.421	2,7
2002	5.095	39.255	6,2	11.666	14,2	12.489	1,9
2003	6.106	40.017	7,4	11.934	17,1	16.443	2,5
2004	7.242	43.168	7,8	12.747	16,4	17.792	2,1
2005	10.624	44.594	8,4	12.878	15,8	18.273	0,1
2006	11.220	60.545	6,4	13.286	15,5	17.195	1,9
2007	11.058	63.512	5,0	15.484	12,9	13.874	-1,3
2008	7.826	54.474	-1,0	14.393	15,7	13.637	-15,7

Quellen: DPAG, Geschäftsberichte der Jahre 2000 bis 2008

51. Die Monopolkommission sieht in den über Jahre hinweg konstant hohen Gewinnen der DPAG im Briefbereich das Ergebnis einer ungerechtfertigten staatlichen Privilegierung des Unternehmens, welche auch mit dem Ende der gesetzlichen Exklusivlizenz kein Ende genommen hat. Privilegiert wurde die DPAG gegenüber anderen Marktteilnehmern, die nicht ebenso über einen vor dem Wettbewerb geschützten Geschäftsbereich verfügten, und gegenüber den Briefkunden in Deutschland, welche die internationale Expansion des Unternehmens mit ihrer „Monopolabgabe“ auf Briefdienstleistungen finanziert haben. Die Entwicklung der DPAG zu einem weltweit tätigen Großkonzern zeigt, dass das frühere Briefmonopol nicht dazu diente, durch den finanziellen Verhaltensspielraum die Umwandlung von einer Behörde in ein wettbewerbsfähiges Postunternehmen zu erleichtern, sondern dazu, den Aufbau eines „global players“ auf den weltweiten Logistik- und Expressmärkten zu ermöglichen. Es ist nicht einzusehen, warum der Aufbau eines „global players“ mittels staatlicher Privilegierung und auf Kosten der Kunden des Unternehmens erfolgen soll.

2.4 Beurteilung der Marktentwicklung

52. Die Analyse des Marktgeschehens auf den deutschen Postmärkten offenbart eine gegenüber dem letzten Gutachten der Monopolkommission nahezu unveränderte Wettbewerbssituation. Die DPAG konnte ihre praktisch unangefochtene Marktstellung auf den Briefmärkten nicht nur verteidigen, sondern ihren Marktanteil sogar noch ausweiten. Die Wettbewerber konnten trotz der formalen Liberalisierung der Briefmärkte keine Marktanteile hinzugewinnen. Ihre Aktivitäten beschränken sich weiterhin auf nicht flächendeckende bzw. regionale Angebote oder Nischenmärkte. Der Preissetzungsspielraum der DPAG für Briefdienstleistungen wird dadurch noch nicht hinreichend kontrolliert. Nur so lässt sich erklären, wie die DPAG im Jahr 2008 eine Umsatzrendite in Höhe von 15,7 % im Briefbereich erzielen konnte. Im Bereich der Privatkundenprodukte, die der Ex-ante-Regulierung unterliegen, werden solche Renditen durch die Ent-

scheidung der Bundesnetzagentur über die Maßgrößen der Price-Cap-Regulierung möglich gemacht.³⁸ Im Bereich der Geschäftskundenpost, die seit Januar 2008 nur noch der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegt, muss damit gerechnet werden, dass die DPAG dort, wo bereits Wettbewerber aktiv sind, mit ihren Großkunden individuelle Rabattvereinbarungen trifft, während solche Kunden, die keine Alternative haben, die regulären Preise zahlen. Auf Dauer kann nur ein funktionsfähiger Wettbewerb garantieren, dass überhöhte Preise im Briefbereich für alle Kundengruppen vermieden werden.

Für die weitgehend stagnierende Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Briefmärkten sind neben ökonomischen Wettbewerbshemmnissen wie Größen- und Verbundvorteilen der DPAG und Kostennachteilen der Wettbewerber aufgrund von Lernkurven- und Reputationseffekten insbesondere institutionelle und regulatorische Hindernisse und Wettbewerbsbeschränkungen verantwortlich. Zur letzteren Gruppe gehören der fortdauernde Interessenkonflikt des Bundes als Anteilseigner und Wettbewerbswächter, die Einführung der Mindestlöhne im Briefsektor, die Umsatzsteuerprivilegierung der DPAG, die unzureichende Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur, der regelmäßig problematische Zugang der Wettbewerber zu Teilleistungen der DPAG und die Probleme in der Vergabepraxis öffentlicher Stellen für Postdienstleistungsaufträge. Diese Themenfelder werden im folgenden Kapitel behandelt.

38 Vgl. BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, Bk 5b-07/068.

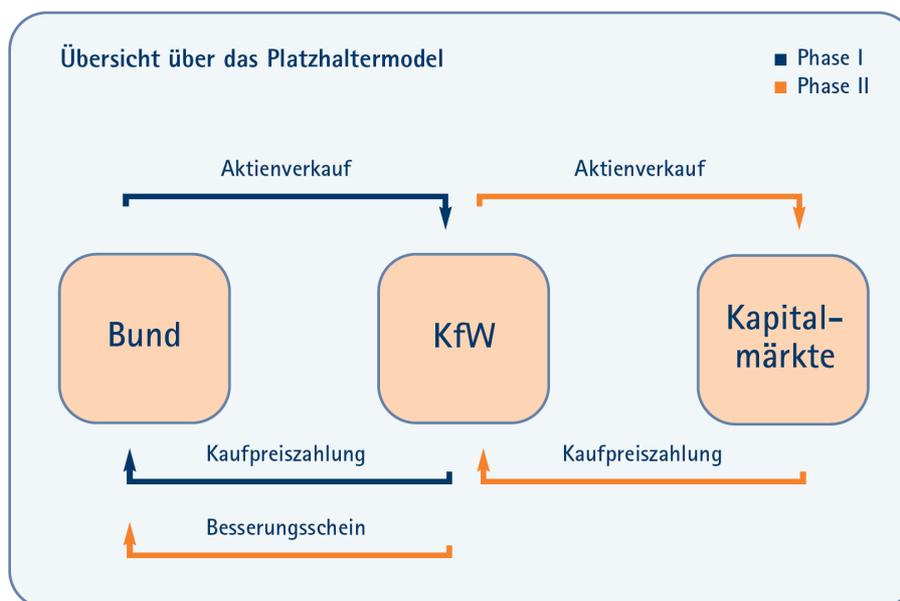
3. Wettbewerbspolitische Problemfelder

3.1 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

53. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich in den letzten Jahren schrittweise von ihren Beteiligungen an der DPAG getrennt, indem sie einzelne Aktienpakete zunächst an die KfW Bankengruppe (KfW, früher: Kreditanstalt für Wiederaufbau) veräußert hat, die diese dann wiederum in Etappen auf dem Kapitalmarkt veräußert hat. Inzwischen hält die KfW noch 30,5 % der Anteile an der DPAG (Stand: August 2009). Geplant ist, auch diese Anteile schrittweise zu veräußern, um damit eine vollständige Privatisierung der DPAG zu erreichen. Die Privatisierung über die KfW verläuft über das sog. „Platzhaltermodell“,³⁹ das im Zusammenhang mit der Restprivatisierung der Lufthansa im Jahr 1997 entwickelt wurde. Das Modell sieht vor, dass der Bund seine Beteiligung zunächst an die KfW verkauft. Die KfW zahlt dem Bund hierfür zunächst einen Kaufpreis, der sich am Marktwert orientiert. Dieser Betrag fließt dem Bund sofort zu. Wenn die Kapitalmarktbedingungen günstig sind, plaziert die KfW diese Anteile zu einem höheren Preis und leistet an den Bund eine weitere Zahlung aus einem vereinbarten Besserungsschein (vgl. Abbildung 3.1). Der Wert dieses Besserungsscheins errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und Einkaufspreis, abzüglich der entstandenen Kosten sowie einer prozentualen Vergütung für die KfW. Seit 1997 hat die KfW auf der Basis des Platzhaltermodells in mehreren Schritten Aktien der Deutschen Telekom AG (DTAG) und der DPAG vom Bund gekauft und anschließend am Kapitalmarkt verkauft.

Abbildung 3.1:

Platzhaltermodell der KfW



Quelle: KfW, „up.date: News für Investoren“, Oktober 2005, S. 4

39 Vgl. KfW, „up.date: News für Investoren“, Oktober 2005, S. 4.

Während im Jahr 2000 im Rahmen des Verkaufs von DTAG-Aktien und dem Börsengang der DPAG vor allem Privatanleger angesprochen werden konnten, hat das Ende des Aktienbooms und die Kapitalmarktentwicklung in der Folgezeit die Einbeziehung dieser Anlegergruppe erschwert. Inzwischen erfolgte eine stärkere Ansprache von institutionellen Investoren sowie das Angebot entsprechender Kapitalmarktinstrumente, um den Privatisierungsprozess unabhängig von diesem Trend voranzutreiben. So hat die KfW im Juli 2009 durch ein von den Banken BNP Paribas und Morgan Stanley Bank AG angeführtes Bankenkonsortium eine Umtauschanleihe in Höhe von 750 Mio. EUR auf Stammaktien der DPAG am Kapitalmarkt platziert. Eine Umtauschanleihe ist eine Anleihe, die zusätzlich zur jährlichen fixen Zinszahlung dem Investor das Recht gibt, die Anleihe jederzeit in eine feste, gegebene Anzahl von Aktien zu tauschen. Die Umtauschanleihe ist mit ca. 4,48 % des derzeit ausstehenden Grundkapitals der Deutschen Post AG unterlegt. Die Umtauschanleihe wurde nahezu ausschließlich in Europa platziert, insbesondere in Großbritannien (40 %), Frankreich (32 %) und der Schweiz (10 %). Die KfW hat einer Stillhalteperiode (lock up) von 180 Tagen für ihre verbleibende Beteiligung an der Deutschen Post AG zugestimmt.⁴⁰

54. Die nach dem Platzhaltermodell vorgesehene Splittung des Verkaufsprozesses dient dem Ziel, dass staatseigene Unternehmen unabhängig von den (kurzfristigen) Bedürfnissen des Bundeshaushaltes bzw. der Haushaltsplanung privatisiert werden können. Gleichzeitig ermöglicht es eine flexible Nutzung von Zeitfenstern bei entsprechend attraktiven Kapitalmarktbedingungen. Das Platzhaltermodell führt dazu, dass das finanzielle Interesse des Bundes am wirtschaftlichen Erfolg der DPAG auch nach dem Verkauf seiner Anteile an die KfW unvermindert fortbesteht. Da die mit einem Verkauf von Aktien erzielten Kursgewinne durch die Besserungsscheine dem Bund zufließen, hat der Bund die gleichen Verhaltensanreize, die er auch als direkter Anteilseigner hätte. Gleichzeitig soll der Bund durch seine Gesetzgebung Wettbewerb auf dem Postmarkt etablieren. Einen Anreiz dazu hat er nicht. Da der Aktienkurs der DPAG um so höher ist, je größer die Gewinne der DPAG sind und je weniger Wettbewerb im Postmarkt herrscht, schadet der Bund sich selbst, wenn er auf dem Postmarkt Rahmenbedingungen schafft, die den Wettbewerb fördern. Auf diesen Interessenkonflikt hat die Monopolkommission schon früher hingewiesen.⁴¹ Besonders augenfällig wird das Dilemma beim Thema Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG. Für deren rechtliche Umsetzung ist das Finanzministerium zuständig, das auch die Einnahmen des Bundes aus dem Verkauf der Besserungsscheine erhält. Die Monopolkommission hält es für dringend geboten, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse am Wohlergehen der DPAG hat. Insofern begrüßt die Monopolkommission das jüngste Bemühen der KfW, weitere Anteile der DPAG am Kapitalmarkt zu platzieren. Falls sich die endgültige Veräußerung der Anteile der KfW an der DPAG noch über einige Jahre hinzieht, ist dies weniger problematisch, wenn die Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben.

40 Vgl. KfW Bankengruppe, KfW-Umtauschanleihe auf Aktien der Deutschen Post AG erfolgreich platziert, Mitteilung vom 23. Juli 2009, http://www.kfw.de/DE_Home/Die_Bank/Aufgaben/Beratungun54/Privatisierung/DeutschenP.jsp

41 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 29.

3.2 Mindestlöhne im Briefbereich

55. Der Koalitionsausschuss der Regierungsparteien einigte sich am 18. Juni 2007 unter anderem darauf, Mindestlöhne durch die Aufnahme weiterer Branchen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)⁴² zu ermöglichen. Die DPAG hatte sich in den Monaten davor mit Blick auf das Auslaufen ihres Monopols für die Beförderung von Standardbriefsendungen bis 50 g vehement für die Einführung eines Mindestlohns im Briefbereich eingesetzt und dazu mit einigen Tochterunternehmen und mittelständischen Briefdienstleistern im August 2007 den Arbeitgeberverband Postdienste e.V. gegründet. Am 24. August 2007 wurde auf der Klausurtagung der Bundesregierung in Meseberg beschlossen, auch die Branche der Postdienstleistungen in das Gesetz einzubeziehen und damit den Weg für die Erstreckung eines repräsentativen, d.h. von Tarifpartnern, die mindestens die Hälfte der Beschäftigten in der Branche vertreten, abgeschlossenen Mindestlohntarifvertrags freizumachen. Am 11. September 2007 beantragten der Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Aufnahme der Branche Postdienstleistungen in das Gesetz und zugleich die Allgemeinverbindlicherklärung eines an diesem Tag geschlossenen Tarifvertrags zur Regelung der Mindestlöhne in der Branche Postdienste, der für alle Betriebe gelten sollte, die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebs. Wegen Aussichtslosigkeit leitete das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kein Verfahren nach § 5 TVG, sondern ein Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG (1996) ein. Ein Entwurf der Rechtsverordnung wurde am 6. November 2008 unter anderem an die Tarifvertragsparteien, Ministerien und die Dachverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Stellungnahme bis zum 29. November 2007 übersandt. Im Bundesanzeiger vom 8. November 2007 erschien eine Bekanntmachung über einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für die Branche Postdienste und den Entwurf der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen verbunden mit einer Frist zur schriftlichen Stellungnahme von drei Wochen.

56. Im parallel durchgeführten Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes wurde am 5. November 2007 eine Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages durchgeführt. Danach war insbesondere die Reichweite des einzubeziehenden Bereichs umstritten. So kritisierte z.B. die CDU, dass das Quorum von mindestens 50 % aller in der Branche beschäftigten Arbeitnehmer durch den Vertrag nicht abgedeckt sei und weigerte sich zunächst, den Mindestlohn in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufzunehmen. Nach einer Sitzung des Koalitionsausschusses am 12. November 2007 hoben die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag vom 11. September 2007 auf und schlossen am 29. November 2007 einen dahingehend veränderten Tarifvertrag, dass sich dieser nicht mehr auf „Postdienste“, sondern nur noch auf die Branche „Briefdienstleistungen“ bezieht. Erfasst werden nur noch Betriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Unter ande-

⁴² Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 26. Februar 1996, BGBl. I S. 227, in der Fassung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998, BGBl. I S. 3843.

rem sind Zeitungszusteller oder Mitarbeiter von Paketdiensten, die gelegentlich auch Briefe befördern, von den Mindestlöhnen nicht mehr betroffen. Aber auch Angestellte des Einzelhandels, die zusätzlich postalische Leistungen anbieten wie z.B. in den sog. Postpoints, fallen nun nicht mehr in den Geltungsbereich des Vertrags. Der Tarifvertrag schreibt einen Mindestlohn von 8,00 EUR/Stunde in den neuen Bundesländern und 8,40 EUR/Stunde in den alten Bundesländern vor. Für die Zustellung von Briefsendungen liegt der Mindestlohn bei 9,00 EUR/ Stunde in den neuen und 9,80 EUR/Stunde in den alten Bundesländern. Ab dem 1. Januar 2010 gelten bundesweit die Tarife für die alten Bundesländer. Am gleichen Tag beantragten die Tarifvertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung ihres Tarifvertrags. Denjenigen, die sich auf die Bekanntmachung vom 8. November 2007 geäußert hatten, leitete das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den angepassten Verordnungsentwurf mit Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 7. Dezember 2007 zu. Eine neue Bekanntmachung über einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung des veränderten Tarifvertrags für die Branche „Briefdienstleistungen“ hielt das Ministerium für nicht erforderlich.

57. In einer Pressemitteilung vom 12. Oktober 2007 teilte die Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) ihre Gründung am 8. Oktober 2007 mit. In Presseberichten wurde die Gründung mit unterstützender Tätigkeit von Arbeitgeberseite in Zusammenhang gebracht. Das Amtsgericht Köln lehnte die Eintragung der GNBZ als Verein am 19. Oktober 2007 ab, weil sie mit ihren 19 Mitgliedern nicht tariffähig sei. Die GNBZ schloss am 11. Dezember 2007 mit dem am 11. September 2007 gegründeten Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste e.V. (AGV NBZ) einen Tarifvertrag. Er betrifft Unternehmen, die Mehrwertbriefdienstleistungen anbieten, die von der Universaldienstleistung trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind. Ferner schloss die GNBZ am 12. Dezember 2007 mit dem Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP) einen Tarifvertrag für alle tarifgebundenen Betriebe, die als wesentliche betriebliche Tätigkeit näher definierte Postdienstleistungen, insbesondere die gewerbsmäßige Beförderung von adressierten schriftlichen Mitteilungen bis 2 kg, erbringen. Der in beiden Tarifverträgen vereinbarte Bruttomindestlohn ab dem 1. Januar 2008 liegt jeweils unter den in der Rechtsverordnung vorgesehenen Beträgen: 6,50/ 7,50 EUR statt 8,00/8,40 EUR bzw. 9,00/9,80 EUR für Briefzusteller. Am 14. Dezember 2007 beantragten der AGV NBZ und die GNBZ beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales, den von ihnen geschlossenen Tarifvertrag zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Mehrwertbriefdienstleistungen vom 11. Dezember 2007 für allgemein verbindlich zu erklären. In einem Schreiben an die anderen Bundesministerien erklärte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, dass die GNBZ nicht tariffähig sei.

58. Am 14. Dezember 2007 beschloss der Bundestag das Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, nach dessen Art. 1 in § 1 Abs. 1 Satz 4 die Wörter „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen, wenn der Betrieb oder die selbstständige Betriebsabteilung überwiegend gewerbs- und geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördert“ in das Gesetz eingefügt wurden.⁴³ Am 18. Dezember 2007 wies die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten mit dem Titel „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“ dezidiert auf die ökonomi-

⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/6735 vom 18. Oktober 2007 und BT-Drs. 16/7512 vom 12. Dezember 2007 sowie Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/134 vom 14. Dezember 2007, S. 14124.

sche Wirkung des Postmindestlohns und die rechtliche Fragwürdigkeit einer branchenweiten Erstreckung via Rechtsverordnung hin. Dessen ungeachtet stimmte die Bundesregierung am 19. Dezember 2007 dem Erlass der Verordnung unter der Bedingung des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes zu.⁴⁴ Das Gesetz trat am 28. Dezember 2007 in Kraft.⁴⁵ Am selben Tag unterzeichnete der Bundesminister für Arbeit und Soziales die Verordnung, die am Tag darauf im Bundesanzeiger bekanntgemacht wurde und bis zum 30. April 2010 befristet ist.⁴⁶

3.2.1 Beschäftigungssituation im Briefbereich

59. Bevor die Standpunkte der Monopolkommission zur Postmindestlohnverordnung vom 28. Dezember 2007 erläutert werden, ist es sinnvoll, zunächst einen Überblick über die Beschäftigungssituation im Briefbereich zu geben. Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten im Postbereich sind Gegenstand kontroverser Diskussionen. Im Fokus der Öffentlichkeit stehen neben dem Personalabbau bei der DPAG in den letzten Jahren die angeblich hohe Zahl der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten und die niedrigen Löhne der Zusteller bei ihren Wettbewerbern. Zwei große Studien befassen sich mit den Arbeitsbedingungen auf den Briefmärkten.⁴⁷ Die erste Studie, „Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland“, wurde von der input consulting im Auftrag von ver.di erstellt. Die zweite Studie, „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“, stammt vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) im Auftrag der Bundesnetzagentur. Beide Studien decken mit ihren Umfragen nur einen Teil des Marktes ab. Das WIK zog 38 Unternehmen heran, input consulting 53 Unternehmen. Im Fokus beider Studien stehen die Löhne der Briefzusteller, die in der Regel die größte und am schlechtesten bezahlte Gruppe unter den Beschäftigten von Briefdienstleistern sind. Beide Studien zeigen, dass die Löhne der DPAG höher als die der Wettbewerber sind, die Lohndifferenz ist allerdings nach der WIK-Studie kleiner als in der Studie von input consulting. WIK ermittelte einen durchschnittlichen Stundenlohn von 11,29 EUR/Stunde für Zusteller der DPAG. Zusteller, die von Besitzstandsregelungen profitieren, verdienen bis zu 16,40 EUR/Stunde. Bei den Wettbewerbern liegt der Stundenlohn für Zusteller nach dieser Studie bei 8,44 EUR. Input consulting ermittelte als Einstiegsgehalt für Briefzu-

44 Zur Begründung der Verordnung heißt es in der Kabinettsvorlage: „Der Erlass der Rechtsverordnung ist zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs und angemessener Arbeitsbedingungen in einem sich öffnenden Briefmarkt geboten und liegt im öffentlichen Interesse. Das Ziel, für alle Arbeitnehmer in einem bestimmten Tätigkeitsbereich ein gleiches soziales Schutz- und Lohnniveau sicherzustellen, ist europarechtlich als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt. Mit diesem Ziel werden zugleich die Ziele verfolgt, finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung zu schaffen, Arbeitslosigkeit infolge eines Verdrängungswettbewerbs durch ausländische Anbieter aus Niedriglohnländern oder Billiganbieter aus dem Inland zu bekämpfen und schließlich die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags in der Branche Briefdienstleistung zu unterstützen. Die Rechtsverordnung erfüllt zugleich den Auftrag an den Gesetzgeber, eine flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistung im Bereich des Postwesens zu gewährleisten (Art. 87f Abs. 2 GG) und das Postwesen zu regulieren (§ 2 Abs. 1 PostG). Die Wahrung des grundrechtsgeschützten Briefgeheimnisses innerhalb der Wertschöpfungskette der Briefbeförderung obliegt letztlich den in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmern. Daher sind besondere Anforderungen an deren Vertrauenswürdigkeit, Loyalität und Integrität zu stellen. Arbeitnehmer mit einem solchen Persönlichkeitsprofil sind am Arbeitsmarkt nur mit einer entsprechenden Vergütung zu gewinnen.“

45 Vgl. BGBl. I, Nr. 68 vom 27. Dezember 2007, S. 3140.

46 Vgl. Bundesanzeiger Nr. 242 vom 29. Dezember 2007, S. 8410.

47 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 54-57.

steller bei der DPAG einen durchschnittlichen Stundenlohn von 11,84 EUR. Der Median der Stundenlöhne bei den Wettbewerbern beträgt nach dieser Studie 7,00 EUR in West- und 5,90 EUR in Ostdeutschland (alle Angaben sind Durchschnittswerte). Die WIK-Studie untersucht auch die Bezahlung bei den Subunternehmen der DPAG und kommt zu dem Schluss, dass diese deutlich schlechter ist als bei der DPAG und teilweise sogar schlechter als bei den Wettbewerbern. Während die Löhne der DPAG bundesweit einheitlich sind, gibt es bei den Subunternehmen der DPAG und den Wettbewerbern regionale Lohnunterschiede. Die Studie von input consulting weist auf den hohen Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse und den geringen Organisationsgrad der bei den Wettbewerbern Beschäftigten hin. Die Aussagekraft dieser Studien ist jedoch beschränkt, weil den Verfassern nur die Aussagen von jeweils einem kleinen Teil der auf dem Markt tätigen Unternehmen zur Verfügung standen, d.h. die Ergebnisse dieser Studien sind nicht repräsentativ.

60. Anfang des Jahres 2008 sind die Ergebnisse einer Studie der Bundesnetzagentur zur Beschäftigungssituation im Briefbereich erschienen. Um aussagekräftigere Daten zu erheben, hatte die Bundesnetzagentur am 22. Juni 2007 eine Auskunftsanordnung an 1.509 Lizenznehmer verschickt und erhielt einen Rücklauf von 94 %. Stichtag für die abgefragten Daten war der 31. März 2007. Die Auswertung ergab einen gewichteten durchschnittlichen Stundenlohn von 7,79 EUR für alle bei den Lizenznehmern beschäftigten Arbeitnehmer und von 7,28 EUR für Briefzusteller. Der durchschnittliche Stundenlohn bei der DPAG betrug 11,34 EUR über alle Beschäftigten und 12,13 EUR für die Zusteller (vgl. Tabellen 3.1 und 3.2).⁴⁸ Das bedeutet, die Löhne der Briefzusteller sind bei den Wettbewerbern niedriger als bei der DPAG. Abgefragt wurden auch die Anzahl der Beschäftigten und die Art der Beschäftigungsverhältnisse im lizenzpflichtigen Bereich (vgl. Tabelle 3.3). Demnach ist der Anteil der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten bei den Wettbewerbern deutlich höher als bei der DPAG. So waren 61 % der Angestellten bei der DPAG Vollzeitbeschäftigte, bei den Wettbewerbern nur 18 %. Umgekehrt waren nur 2 % der Angestellten der DPAG geringfügig beschäftigt, bei den Wettbewerbern dagegen 56 %. Neuere Zahlen der Bundesnetzagentur zeigen, dass im lizenzpflichtigen Briefbereich im Jahr 2008 infolge zahlreicher Marktaustritte sowie aufgrund des Trends zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen bei den Wettbewerbern nur noch 29.000 Arbeitnehmer beschäftigt waren, d.h. ca. 19.000 weniger als Anfang 2007. Bei der DPAG sank die Zahl der Stellen um rund 1.500. Dank eines Zuwachses bei den (nicht lizenzpflichtigen) KEP-Diensten habe sich die Beschäftigtenzahl im gesamten Postmarkt jedoch auf 400.000 leicht vergrößert.⁴⁹

48 Zur Fortschreibung der Ergebnisse aus dem Jahr 2007 hat die Bundesnetzagentur am 22. Januar 2009 eine erneute Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG erlassen. Die Ergebnisse liegen allerdings noch nicht öffentlich vor.

49 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 127.

Tabelle 3.1:

**Durchschnittsstundenlöhne im Briefbereich bei Wettbewerbern
in EUR**

	<i>Insgesamt</i>	<i>Betrieb</i>	<i>Betrieb: Sortierer</i>	<i>Betrieb: Fahrer</i>	<i>Betrieb: Zusteller</i>	<i>Verwal- tung</i>
Bundesgebiet	7,79	7,41	7,68	7,63	7,28	10,97
Bundesgebiet West	8,23	7,84	8,1	8,08	7,71	11,24
Bundesgebiet Ost	6,38	6,17	6,11	6,23	6,18	9,23

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 5

Tabelle 3.2:

**Durchschnittsstundenlöhne bei der DPAG in EUR
(bundesweit einheitlich)**

	<i>Insgesamt</i>	<i>Betrieb</i>	<i>Betrieb: Sortierer</i>	<i>Betrieb: Fahrer</i>	<i>Betrieb: Zusteller</i>	<i>Verwaltung</i>
Insgesamt	11,34	11,93	11,34	11,99	12,13	16,01
Nur Tarif- kräfte	-	-	11,21	11,25	11,36	-
Nur Beamte	-	-	13,04	12,91	12,85	-

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 5

Tabelle 3.3:

**Aufteilung nach Beschäftigungsverhältnissen
im lizenzpflichtigen Bereich**

<i>Beschäftigte bei Wettbewerbern</i>					
Gesamtzahl der Beschäftigten	Vollzeitkräfte	Teilzeitkräfte	Geringfügig Beschäftigte	Kurzfristige Minijobs	Azubis/ Praktikanten
48.411	8.620	11.625	26.996	960	240
<i>Beschäftigte bei DPAG</i>					
Gesamtzahl der Beschäftigten	Vollzeitkräfte	Teilzeitkräfte	Geringfügig Beschäftigte	Kurzfristige Minijobs	Azubis/ Praktikanten
166.545	101.579	55.562	3.899	2.100	3.405

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 3

61. Die Ergebnisse der Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur zeigen deutlich, dass die DPAG Löhne zahlt, die weit über der bei den Wettbewerbern üblichen Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten liegen. Dieses Phänomen lässt sich mit der Zuteilung von Monopolrenten an die Beschäftigten der DPAG erklären.⁵⁰ Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten tätig sind, realisieren nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem marktüblichen Niveau. Die Höhe der Monopolrenten und die relative Verhandlungsmacht der Tarifparteien entscheiden darüber, in welchem Ausmaß die Löhne über der marktüblichen Entlohnung liegen. Bei der DPAG haben die Deutsche Postgewerkschaft und später ver.di große Verhandlungsmacht bewiesen. Wettbewerber der DPAG realisieren keine Monopolrenten und zahlen Löhne in einer Höhe, wie sie für vergleichbare Tätigkeiten auf dem örtlichen Arbeitsmarkt üblich sind. Einen Lohnsatz deutlich über dem marktüblichen Niveau können die neuen Anbieter nicht dauerhaft zahlen. Sobald auf den Briefmärkten funktionsfähiger Wettbewerb entstanden ist, wird auch die DPAG nicht mehr in der Lage sein, Löhne deutlich über dem marktüblichen Niveau zu zahlen. Als Vorbereitung auf die Zeit nach dem Ende der Exklusivlizenz hat die DPAG ihre Einstiegsgehälter in den letzten Jahren deutlich gesenkt, viele Tätigkeiten an Subunternehmen mit noch niedrigeren Löhnen ausgelagert und im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen Arbeitsplätze gestrichen.

62. Trotz der erwarteten Lohnentwicklung dürften die Arbeitnehmer insgesamt von einer positiven wettbewerblichen Entwicklung auf den Briefmärkten profitieren. Sinkende Löhne führen nicht nur zu niedrigeren Porti, sondern auch zu mehr Beschäftigung. Erstens steigt bei niedrigeren Porti die Zahl der Briefsendungen, vor allem im Bereich der Werbesendungen, bei denen von einer relativ hohen Preiselastizität der Nachfrage auszugehen ist. Zweitens hätten die Unternehmen weniger Anreize, durch Rationalisierungsmaßnahmen Personal einzusparen. Von diesem Effekt profitieren insbesondere die gering Qualifizierten. Ferner dürfte bei intensivem Wettbewerb die Zahl der Anbieter steigen und die durchschnittliche Unternehmensgröße sinken. Kleine Unternehmen investieren weniger in die Automatisierung, d.h. sie behalten eher arbeitsintensive Produktionsabläufe bei. Zusätzliches Beschäftigungspotenzial birgt der Aufbau alternativer Transport- und Zustellnetze. So ist in der KEP-Branche die Zahl der Beschäftigten zwischen 2002 und 2007 allein bei den KEP-Unternehmen selbst um 14,5 % gestiegen, bei Vorleistungsunternehmen um weitere 8,4 %. Die Sendungsmengen sind zwischen 2003 und 2007 um schätzungsweise 23,9 % gestiegen. Trotz sinkender Preise stiegen die Umsätze im gleichen Zeitraum noch mehr, nämlich um 32,4 %.⁵¹ Bei der Entwicklung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Briefmärkten können positive Effekte in der gleichen Größenordnung erwartet werden. Die Möglichkeiten einer Steigerung der Beschäftigung durch eine Intensivierung des Wettbewerbs im Briefbereich ist kaum zu unterschätzen.

50 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 58-60.

51 Vgl. Esser, K., Kurte, J. (KE-CONSULT Wirtschafts- und Verkehrsberatung, Köln), Wirtschaftliche Bedeutung der KEP-Branche – Entwicklung und Prognose, KEP-Studie 2008/2009, Untersuchung für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Köln, Oktober 2008, S. 8, 18.

3.2.2 Einschätzung der Monopolkommission

63. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz wird abweichend von seiner eigentlichen Funktion, nämlich Entsendearbeitnehmer aus dem europäischen Ausland an bestehende inländische Mindestlöhne zu binden, als Gesetz zur Einführung inländischer Mindestlöhne verwendet. Es geht also nicht um die Erstreckung verbindlicher Tariflöhne auf ausländische Arbeitnehmer, sondern darum, die Wettbewerber der DPAG gezielt zu behindern. Diese sind darauf angewiesen, deutlich niedrigere Löhne als die DPAG zu zahlen. Um Kunden zum Wechsel zu bewegen, müssen sie zumindest etwas günstiger anbieten als die DPAG. Gleichzeitig haben sie Skalennachteile in einigen Bereichen, d.h. höhere Kosten. Dass es sich beim Tarifvertrag um einen Vertrag zulasten Dritter handelt, zeigt sich in folgenden Punkten: Erstens wurden zwei unterschiedliche Mindestlöhne ausgehandelt. So erhalten die Briefzusteller, die unter den Beschäftigten die größte und tendenziell am schlechtesten bezahlte Gruppe darstellen, nach dem Tarifvertrag einen deutlich höheren Lohn als die übrigen Berufsgruppen in den Unternehmen. Es ist nicht verständlich, warum für Briefzusteller aus sozialen Gründen ein höherer Mindestlohn notwendig ist als für die Beschäftigten in der Sortierung oder dem Transport. Dies macht deutlich, dass es bei dem Tarifabschluss nicht um die Absicherung sozialer Standards für alle Beschäftigten bei den Postdienstleistern ging, sondern darum, den Aufbau neuer Zustellnetze durch die Wettbewerber der DPAG, d.h. den Infrastrukturwettbewerb, zu unterbinden. Zweitens waren die wichtigsten Wettbewerber der DPAG nicht in die Tarifverhandlungen einbezogen. Aber selbst wenn sie dem Arbeitgeberverband Postdienste beigetreten wären, hätten sie keinen spürbaren Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrags nehmen können, weil die Stimmrechte nach dessen Satzung von den Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsunternehmen abhängig sind. Die DPAG hätte die Tarifverhandlungen beliebig dominieren können. Drittens ist die DPAG selbst von dem Tarifvertrag praktisch nicht betroffen, weil ihre Beschäftigten und die ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der DPAG erhalten. Die Mehrzahl der von dem Tarifvertrag erfassten Beschäftigten ist bei den Wettbewerbern angestellt. So hat die DPAG die Kosten ihrer Konkurrenten erhöht, ohne selbst betroffen zu sein. Damit ist der Postmindestlohn ein lupenreines Beispiel für die aus der Ökonomie bekannte Strategie des „raising rivals costs“.⁵²

64. Die Prognosen der Monopolkommission aus dem letzten Postgutachten hinsichtlich der ökonomischen Auswirkungen eines Mindestlohns im Briefbereich haben sich bestätigt: Die Einführung des Mindestlohns hat die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen verhindert. Der Mindestlohn hat sich als ein Wettbewerbshindernis in mindestens dem gleichen Umfang erwiesen wie die Exklusivlizenz der DPAG bis Ende des Jahres 2007. Zwar hat die Exklusivlizenz den Wettbewerb im reservierten Bereich völlig verhindert, im nicht reservierten Bereich war jedoch Wettbewerb möglich. Der Mindestlohn behindert die Wettbewerber nun auf allen Märkten für Briefdienstleistungen. Insofern verwundert es nicht, dass die Erwartungen an eine positive Beschäftigungswirkung, neue und innovative Produkte und günstigere Verbraucherpreise seit der formalen Marktöffnung Anfang 2008 enttäuscht worden sind. So hat bereits die Diskussion um den Mindestlohn für Briefzusteller die TNT Post und Hermes Logistik Gruppe im Dezember 2007 dazu veranlasst, den für

⁵² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 65-71.

Anfang 2008 geplanten Ausbau der rund 13.500 Hermes „PaketShops“ zu Briefannahmestellen zu stoppen. Ein Angebot von Wettbewerbern über Universaldienstleistungen für Privatkunden steht damit bis heute nicht zur Verfügung. In der Perspektive ist kaum zu ermesen, welcher Schaden dem Wirtschaftsstandort Deutschland durch die negativen Signale, die das Vorgehen der Politik hinsichtlich des Mindestlohns an alle in- und ausländischen Investoren im Postbereich aussendet, entstanden ist.

65. Bereits vor dem Erlass der Rechtsverordnung hatte die Monopolkommission ernste Zweifel daran geäußert, dass eine branchenweite Anwendung des Mindestlohntarifvertrags im Postsektor rechtlich haltbar sein würde.⁵³ Diese Einschätzung wurde inzwischen gerichtlich bestätigt.

66. Am 7. März 2008 erklärte das Verwaltungsgericht Berlin die Rechtsverordnung über die Einführung des Postmindestlohns für nichtig.⁵⁴ Gegen die Verordnung hatten die Unternehmen PIN, TNT und Ridas sowie der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. geklagt.⁵⁵ Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hatte nach Abschluss des veränderten Tarifvertrags am 29. November 2007 und dem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung nur den Marktteilnehmern Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, die sich bereits zur Bekanntmachung vom 8. November 2007 geäußert hatten. Sie trugen vor, die Verordnung sei formell rechtswidrig, weil die nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG (1996) gebotene Anhörung fehlerhaft verlaufen sei. Ferner sei die Verordnung materiell rechtswidrig, weil sie nicht von ihrer Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei, die nur eine Erstreckung eines Tarifvertrags auf nicht anderweitig Tarifgebundene ermögliche. Die Kläger sahen sich in ihrer negativen Koalitionsfreiheit verletzt, weil eine angeblich ordnungswidrig zustande gekommene Verordnung einen fremden Tarifvertrag auf sie erstrecke. Sie seien auch in ihrer positiven Koalitionsfreiheit verletzt. Die Verordnung sei zur Erreichung der angegebenen Ziele nicht geeignet, wegen des zur Verfügung stehenden mildereren Mittels des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nicht erforderlich und überdies unangemessen, da sich der Mindestlohn nicht aus dem Markt rechtfertigen lasse. Das Verwaltungsgericht Berlin kam zu folgendem Urteil: Die Verordnung sei rechtswidrig, weil sie nicht gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG (1996) gedeckt sei, die in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung ermögliche, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags ausschließlich auf alle nicht anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden. Die Verordnung erstrecke den Tarifvertrag aber (unzulässig) auf alle „nicht an ihn gebundenen“ Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Verordnung verletze den Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. in seinem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG und PIN sowie TNT in ihren Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GG, unabhängig davon, ob die GNBZ eine tariffähige Gewerkschaft ist und ob die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Die Kläger seien in jedem Fall Träger des Grundrechts der Koalitionsfreiheit. Von dessen Schutzbereich erfasst sind sowohl die Bildung einer Koalition als auch deren Wirken zur Wah-

⁵³ Vgl. ebenda, Tz. 72-75.

⁵⁴ Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07.

⁵⁵ PIN erhob die Klage am 14. Dezember 2007 (VG 4 A 439.07), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. am 7. Januar 2008 (VG 4 A 16.08), TNT/Ridas am 21. Januar 2008 (VG 4 A 26.08). Mit Beschluss vom 7. März 2008 verband das VG Berlin diese Verfahren unter dem Aktenzeichen VG 4 A 439.07 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. PIN nahm die Klage in der mündlichen Verhandlung zurück.

rung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Die Tarifverträge mit der GNBZ fielen damit in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Ob die Verordnung auch wegen der Verletzung von Verfahrensrechten und wegen unverhältnismäßiger Eingriffe in die Grundrechte der Kläger aus Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) nichtig ist, ließ das Gericht offen. An der Vereinbarkeit der Verordnung mit Art. 12 GG äußerten die Richter erhebliche Zweifel. So habe die Bundesregierung beim Erlass der Verordnung unstreitig die Folgen der Verordnung für die betroffene Branche außer Acht gelassen. Gegen das Urteil legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales Berufung ein.

67. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg bestätigte am 18. Dezember 2008 die Entscheidung der Vorinstanz in der Kernfrage.⁵⁶ Die Verordnung sei mit dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Abs. 3a AEntG (1996) lasse die Erstreckung eines Mindestlohntarifvertrags nur auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer (sog. Außenseiter) zu. Der Wortlaut „nicht tarifgebunden“ in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG (1996) sei mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und den Zweck der Ermächtigung dahin auszulegen, dass er bedeute „keiner, weder bezüglich des nämlichen noch eines anderen Tarifvertrags, Bindung unterliegend“. Die Verordnung sehe jedoch die Bindung für alle „nicht an ihn“ – also den nämlichen Tarifvertrag – gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor. Damit werde die gesetzliche Ermächtigung überschritten. Zugleich sei durch die Rechtsverordnung eine im Gesetz bislang nicht enthaltene Regelung für die Konkurrenz mehrerer (Mindestlohn-)Tarifverträge getroffen worden, ohne dass dies von der Verordnungsermächtigung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz gedeckt sei. Eine solche Regelung sei jedoch erforderlich, wenn andere Arbeitgeber oder andere Koalitionen ebenfalls Mindestlohnvereinbarungen getroffen hätten und zu klären sei, ob die Bindung an solche Vereinbarungen vorrangig ist. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hatte eingewandt, dass die GNBZ nicht tariffähig sei.⁵⁷ Das Oberverwaltungsgericht maß diesem Einwand keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Ob der konkurrierende Tarifvertrag wirksam und die daran beteiligte Gewerkschaft tariffähig sei, sei nicht entscheidungserheblich. Es komme darauf an, dass sich der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. für seine Betätigung als Arbeitgeberverband auf die Tarifautonomie berufen und gesetzlich nicht gedeckte Einschränkungen seiner verfassungsmäßigen Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG abwehren könne. Bei Erlass der Verordnung sei außerdem gegen die Vorschrift über die Anhörung betroffener Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG (1996) verstoßen worden. Ob die Lohnansprüche der bei PIN und TNT beschäftigten Arbeitnehmer nach dem Mindestlohnniveau rechtmäßig begründet seien, müsse vor den Arbeitsgerichten geklärt werden. Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision des Urteils wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zugelassen; sie wurde durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales beantragt. Diese Entscheidung steht noch aus.

56 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

57 Am 30. Oktober 2008 entschied das Arbeitsgericht Köln, dass die GNBZ den Status einer Gewerkschaft nicht für sich in Anspruch nehmen kann. Die notwendige Unabhängigkeit von den Arbeitgebern sei nicht gegeben (14 BV 324/08).

68. Die Rechtslage ist daher nach wie vor ungeklärt. Der Zoll ist mit der Kontrolle der Einhaltung der Mindestlohnverordnung betraut; die Feststellung etwaiger Verstöße sowie die Einleitung entsprechender Ermittlungsverfahren ist Aufgabe der Zoll-Einheit „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS). Auf Weisung des Bundesfinanzministeriums ist eine Ahndung von Verstößen gegen die Mindestlohnverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zurückzustellen. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die ergangenen Urteile, welche die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für unzulässig erklären, und befürwortet die Weisung des Bundesfinanzministeriums, die Ahndung von Verstößen vorübergehend auszusetzen.

69. Die im Herbst 2009 gewählte neue Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag zur Tarifautonomie bekannt und gegen einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn ausgesprochen. Die Regierungsparteien haben vereinbart, Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen auf dem Verordnungsweg einvernehmlich im Kabinett zu regeln. Voraussetzung dafür soll grundsätzlich eine Mehrheit im Tarifausschuss sein. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn sollen bis Oktober 2011 dahingehend überprüft werden, ob sie Arbeitsplätze gefährden oder die Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Branche beeinträchtigen. Auf dieser Grundlage soll entschieden werden, ob die geltenden Mindestlohnregelungen Bestand haben oder aufgehoben werden sollten. Die anhängigen Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Postmindestlohn werden abgewartet.⁵⁸ Die Monopolkommission begrüßt die Absichtserklärung der Bundesregierung ausdrücklich.

3.2.3 Zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

70. Am 24. April 2009 ist eine veränderte Fassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten.⁵⁹ Neu in dem Gesetz ist unter anderem, dass sich nach § 7 Abs. 5 AEntG (2009) zukünftig zunächst der Tarifausschuss nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) mit einem Antrag von Branchen zu befassen hat, die erstmals die Aufnahme in das Gesetz zur Etablierung verbindlicher Branchenmindestlöhne anstreben. Im Unterschied zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (1996) darf ein Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 7 Abs. 1 Satz 2 AEntG (2009) i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG). Das bisherige Erfordernis, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen,⁶⁰ ist entfallen. Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss der Verordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist nach § 7 Abs. 2 AEntG (2009) auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müssen nach § 7 Abs. 3 AEntG (2009) die widerstreitenden Grundrechtsinter-

58 „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 21.

59 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20. April 2009, BGBl. I S. 799.

60 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 75.

sen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden.

71. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Postgutachten auf die Bedeutung der sog. 50 %-Klausel nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG beim Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG (1996) hingewiesen.⁶¹ § 1 Abs. 3a AEntG (1996) wurde in das Gesetz eingefügt, nachdem der Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung in einigen Fällen am Widerspruch des Tarifausschusses gescheitert war. Mit dem Mittel der Rechtsverordnung sollte die Exekutive ein Instrument erhalten, Tarifverträge auch ohne das Einvernehmen des Tarifausschusses auf alle Arbeitnehmer einer Branche auszuweiten. Der Norm ist indes nicht zu entnehmen, dass daneben auch die materiellen Voraussetzungen für die Erstreckung des Tarifvertrags entfallen sollten. Mit der Neuregelung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, mit dem die 50 %-Klausel entfallen ist, wird das Prinzip, dass die zu erstreckenden Tarifregeln repräsentativ für die Branche sein müssen, verletzt. Der Tariferstreckung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Tarifbindung, der die Mehrheit der Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer unterliegt, auch einer Minderheit zugemutet werden kann. Diese Änderung, die es ermöglicht, Tarifverträge, die nur für eine kleine Minderheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten, auf eine Mehrheit zu erstrecken, sieht die Monopolkommission äußerst kritisch.

72. Auf diesen Punkt wurde auch im Rahmen einer Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes am 3. November 2008 hingewiesen. Es wurde der Verdacht geäußert, dass es angesichts der zunehmenden Differenzierung der Tariflandschaft darum gehen könne, eine Tarifkonkurrenz zu unterbinden und eine „Entmonopolisierung“ des Gewerkschaftsmarktes zu verhindern.⁶² Dieser Effekt kann dadurch eintreten, dass in § 7 Abs. 2 AEntG (2009) die Größe bzw. Mitgliederzahl der Gewerkschaft eine Rolle bei der Beurteilung der Repräsentativität von Tarifverträgen spielt. Somit drohen kleinere Gewerkschaften systematisch von den größeren verdrängt zu werden. Durch diese Regelung wird die Neugründung und Etablierung von tariffähigen Gewerkschaften in Konkurrenz zu den DGB-Gewerkschaften erheblich erschwert.

73. Die Monopolkommission bekräftigt den Vorschlag aus ihrem letzten Postgutachten, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen.⁶³ Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Auswirkungen auf den Produktmarktwettbewerb und die Interessen der Verbraucher bei der Entscheidung des Ministers nicht hinreichend berücksichtigt werden.

61 Vgl. ebenda, Tz. 74 f.

62 Vgl. Haucap, J., Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 3. November 2008 in Berlin vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Ausschussdrucksache 16(11)1131, S. 32 f.

63 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 79.

3.3 Umsatzsteuerbefreiung: Status quo und Reformvorschläge

3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung

74. Nach § 4 Nr. 11b Umsatzsteuergesetz (UStG) sind die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ von der Umsatzsteuer befreit.⁶⁴ Der Begriff „Postwesen“ knüpft an die hoheitliche Verpflichtung der Daseinsvorsorge in Art. 87f GG an, welcher wie folgt lautet: „Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes [...] gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Die Bundesregierung interpretiert die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ im Sinne des Umsatzsteuergesetzes als Umsätze mit den Dienstleistungen der DPAG, die Teil des Universaldienstes sind. Dazu gehört nach § 1 PUDLV die Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 2 kg, von Paketen bis 20 kg sowie von Zeitungen und Zeitschriften. Die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG erstreckt sich damit auf sämtliche Universaldienstleistungen nach der Post-Universaldienstleistungsverordnung. Im Gegensatz zur DPAG müssen alternative Anbieter die Umsatzsteuer auf ihre Postdienstleistungen berechnen.^{65,66}

Tabelle 3.4:

Beispiel zur Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nr. 11b UStG

	<i>DPAG</i>	<i>Wettbewerber</i>
Nettopreis für die Vorleistung	1,00	1,00
Umsatzsteuer auf die Vorleistung	0,19	0,19
Wertschöpfung	2,00	2,00
Umsatzsteuer auf die Wertschöpfung	0,00	0,38
Nettopreis für umsatzsteuerpflichtige Kunden	3,19	3,00
Nettopreis für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden	3,19	3,57

Quelle: Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., S. 21, Tabelle 2

75. Tabelle 3.4 zeigt beispielhaft die Auswirkung der Ungleichbehandlung von DPAG und ihrer Wettbewerber hinsichtlich der Umsatzsteuer für umsatzsteuerpflichtige und nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Hierbei wird angenommen, dass die DPAG und ihre Wettbewerber Vorleistungen im Wert von 1 EUR einkaufen, um eine Beförderungsleistung im Wert von insgesamt 3 EUR zu erstellen. Bei allen Unternehmen fallen Vorsteuern in Höhe von 0,19 EUR (19 % auf 1 EUR) an. Wird die Vorsteuer vollstän-

64 Ebenfalls von der Umsatzsteuer befreit sind „die Umsätze der im Inland gültigen amtlichen Wertzeichen zum aufgedruckten Wert“ (§ 4 Nr. 8 lit. i UStG). Das heißt, nicht nur die Post darf Briefmarken umsatzsteuerfrei verkaufen, sondern auch der Kiosk an der Ecke, sofern der Verkaufspreis nicht über dem aufgedruckten Wert liegt.

65 Vgl. BT-Drs. 14/8344 vom 25. Februar 2002, S. 6 f.

66 Das Postwesen ist die einzige liberalisierte Netzindustrie im Bereich der Daseinsvorsorge, deren Leistungen umsatzsteuerbefreit sind. Die Leistungen der Deutschen Telekom AG unterliegen seit dem 1. Januar 1996 vollständig der Umsatzsteuer (§ 4 Nr. 11a UStG); Strom und Gas müssen ebenfalls mit dem Regelsatz von 19 % versteuert werden.

dig auf die Kunden überwältigt, beträgt der Preis bei der DPAG 3,19 EUR sowohl für umsatzsteuerpflichtige wie auch für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Die im Nettopreis enthaltenen 0,19 EUR sind die „versteckte Mehrwertsteuer“, welche zwar nicht explizit als Steuer ausgewiesen wird, aber dennoch eine Steuerleistung ist. Bei den Wettbewerbern unterscheidet sich der Nettopreis für umsatzsteuerpflichtige und nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Umsatzsteuerpflichtige Kunden haben die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs und können die gesamte Umsatzsteuer, die auf den Preis von 3 EUR für die Beförderungsleistung anfällt, im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen. Ihr Nettopreis beträgt 3 EUR bei den Wettbewerbern (anstatt 3,19 EUR bei der DPAG). Nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden haben keine Möglichkeit des Vorsteuerabzugs. Ihr Nettopreis beträgt damit 3,57 EUR (19 % auf 3 EUR) bei den Wettbewerbern (anstatt 3,19 EUR bei der DPAG).

76. Diese steuerliche Ungleichbehandlung bewirkt eine Wettbewerbsverzerrung. Sie wirkt bei umsatzsteuerpflichtigen Kunden zugunsten der Wettbewerber und bei nicht umsatzsteuerpflichtigen Kunden zugunsten der DPAG. Nicht umsatzsteuerpflichtig sind Privatkunden, Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen, Kirchen und Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 4 UStG steuerbefreit sind. Dazu zählen unter anderem Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Die DPAG profitiert von der geltenden Regelung auf dreierlei Weise. Erstens zählen zu der Gruppe der nicht umsatzsteuerpflichtigen und damit nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden ausgerechnet die Nachfrager nach Postdienstleistungen, die typischerweise viel Post versenden. Zweitens ist der von Postdienstleistern generierte Mehrwert in Form ihrer Beförderungsleistung deutlich größer als der Wert der von ihnen bezogenen Vorleistungen. Im Beispiel von Tabelle 3.4 ist das Verhältnis von Vorleistung zu Mehrwert 1:2, sodass die Wettbewerber gegenüber nicht umsatzsteuerpflichtigen Kunden doppelt so stark benachteiligt sind wie die DPAG gegenüber umsatzsteuerpflichtigen Kunden. In der Praxis ist das Verhältnis von Vorleistung zu Mehrwert regelmäßig größer als 1:2. So machen allein die Arbeitskosten im Postsektor ca. drei Viertel der Totalkosten aus (vgl. Tabelle 3.5). Mit anderen Worten: Die versteckte Mehrwertsteuer, die umsatzsteuerpflichtige Kunden bei der DPAG zahlen, ist in der Praxis deutlich niedriger als die Steuer, die nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden bei den Wettbewerbern auf den erbrachten Mehrwert zahlen. Drittens wird die geltende Regelung nicht konsequent angewendet. So erhebt die DPAG zumindest seit 1. Januar 1999 Umsatzsteuer für Geschäftspakete, obwohl diese nach der Post-Universaldienstleistungsverordnung bis zu einem Gewicht von 20 kg unter den Universaldienst fallen. Lediglich sog. „Schalterpakete“ unterliegen nicht der Umsatzsteuer.⁶⁷ Umgekehrt erhebt die DPAG keine Umsatzsteuer auf die Preise für Postzustellungsaufträge (PZA), obwohl diese nicht zum Universaldienst gehören. Als Begründung wird angeführt, dass Geschäftskundenpakete zwar in ihrer Art unter die Post-Universaldienstleistungsverordnung fallen; es handele sich aber um einzelvertraglich ausgehandelte Produkte mit jeweils einzelvertraglich ausgehandelten Entgelten, die generell außerhalb des Bereichs des Universaldienstes lägen.⁶⁸ Umgekehrt erfolgt die Beförde-

67 Vgl. Dieke, A., Elixmann, D. (WIK-Consult), Auswirkungen einer Aufhebung der Umsatzsteuerbefreiung für Postdienste der Deutsche Post AG: Eine qualitative und quantitative Analyse, Studie für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Bad Honnef, November 2005, S. 3.

68 Vgl. z.B. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes in der Fassung vom 8. Januar 2008, S. 6 f.

nung von Postzustellungsaufträgen durch die DPAG umsatzsteuerfrei, obwohl diese nicht Teil des Universaldienstes sind. In beiden Fällen wirkt die Abweichung von den Vorgaben zugunsten der DPAG. Bei Geschäftskundenpaketen gilt dies, weil ein Großteil von umsatzsteuerpflichtigen Kunden verschickt wird. Ferner ist zu vermuten, dass die DPAG die uneinheitliche Besteuerung von Schalter- und Geschäftskundenpaketen praktiziert, um den Vorsteuerabzug für Dienstleistungen, die sie nicht selbst erstellt, sondern durch Fremdunternehmen erbringen lässt, geltend machen zu können.⁶⁹ Privatkundenpakete sind dagegen umsatzsteuerfrei, d.h. die DPAG hat gegenüber Wettbewerbern einen Vorteil in Höhe von 19 % abzüglich der auf die bezogenen Vorleistungen gezahlten Steuern. Bei Postzustellungsaufträgen wirkt die normwidrige Umsatzsteuerbefreiung zugunsten der DPAG, weil ein erheblicher Teil von Behörden verschickt wird, die nicht umsatzsteuerpflichtig sind. Im Bereich der Postzustellungsaufträge herrscht starker Preiswettbewerb, sodass sich der Wettbewerbsvorteil der DPAG stärker auswirkt als in Bereichen, in denen die Preissetzungsspielräume für die Wettbewerber größer sind.

Tabelle 3.5:

Lohnkostenanteile nach Produktionsstufen

	<i>Anteil an den Gesamtkosten</i>	<i>Davon Lohnkostenanteil (Prozentpunkte)</i>	<i>Davon Anteil sonstiger Kosten (Prozentpunkte)</i>
Einsammlung	10 %	7 %	3 %
Sortierung	35 %	25 %	10 %
Transport	5 %	1 %	4 %
Zustellung	50 %	40 %	10 %
Insgesamt	100 %	73 %	27 %

Quelle: Cazals, C. et al.: Cost Structure of Postal Services in France, Conference on „Competition and Universal Service in the Postal Sector“, Toulouse, March 26-27, 1999, Vortrag, Folie 4

77. Die unsystematische Abgrenzung von umsatzsteuerbefreiten zu umsatzsteuerpflichtigen Dienstleistungen verstärkt die mit der Steuerbefreiung verbundenen Wettbewerbsverzerrungen dadurch, dass die Abweichungen von der Norm in der Regel zugunsten der DPAG wirken. Schließlich entstehen dem Fiskus durch beide Formen der Abweichung Einnahmeverluste. Im Bereich der Geschäftskundenpakete fallen durch die Besteuerung Einnahmen in Form „versteckter Mehrwertsteuer“ weg, während die Steuereinnahmen selbst durch Vorsteuerabzüge der belieferten Unternehmen in gleicher Höhe wieder zurückgezahlt werden müssen. Bei den Postzustellungsaufträgen fallen Einnahmen dadurch weg, dass keine Steuern auf den von der DPAG entfallenden Mehrwert entrichtet werden.

78. Auf den Märkten für postvorbereitende Dienstleistungen hängt die Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nr. 11b UStG und ihre Wettbewerbswirkung von den (zivilrechtlichen) Leistungsbeziehungen zwischen Absender, Konsolidierer und der DPAG ab, die darüber entscheiden, wie die postvorbereitenden Leistungen umsatzsteuerrechtlich behandelt werden – genauer: ob der Portoaufwand des Konsolidierers für die Teilleistungen

⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 65.

der DPAG einen „durchlaufenden Posten“ darstellt oder ob er zum umsatzsteuerlichen Entgelt gehört. Fall 1: Die Oberfinanzdirektion Frankfurt und das Bundesfinanzministerium sind der Auffassung, dass Konsolidierer, wenn sie mit der DPAG Standardverträge auf der Grundlage der AGB „Brief National“ abschließen, der DPAG gegenüber im Namen und auf Rechnung des Absenders auftreten.⁷⁰ Dann erbringt die DPAG eine Beförderungsleistung unmittelbar gegenüber dem Absender. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei. Das Entgelt für diese Leistung ist der Portoaufwand des Absenders abzüglich des von der DPAG nachträglich gewährten Rabatts für die Vorleistungen des Konsolidierers. Der vom Absender über den Konsolidierer an die DPAG geleistete Portoaufwand und der wiederum über den Konsolidierer an den Absender erstattete Rabatt der DPAG sind für den Konsolidierer ein durchlaufender Posten. Umsatzsteuerpflichtig sind dann nur die Vorleistungen des Konsolidierers. Fall 2: Demgegenüber treten nach Ansicht der Oberfinanzdirektion Frankfurt und des Bundesfinanzministeriums Konsolidierer, wenn sie mit der DPAG auf der Grundlage der AGB „Teilleistungen BZA gewerbsmäßige Konsolidierung Brief“ oder der AGB „BZE gewerbsmäßige Konsolidierung Brief“ Verträge abschließen, der DPAG gegenüber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auf.^{71,72} Dann erbringt die DPAG eine Teilleistung unmittelbar gegenüber dem Konsolidierer. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei. Das Entgelt für diese Leistung ist die Portoaufwendung des Konsolidierers abzüglich des von der DPAG gewährten Rabatts für seine Vorleistungen. Der Konsolidierer erbringt gegenüber dem Absender der Sendungen wiederum eine Leistung, welche über den gesamten Betrag (Teilleistungen der DPAG zuzüglich Vorleistungen des Konsolidierers) dem Regelsteuersatz unterliegt.

Ein Beispiel: Das Standardporto für eine Briefsendung betrage 0,55 EUR. Der Absender übergibt 1.000 Briefe einem Konsolidierer, der für seine postvorbereitenden Leistungen von der DPAG 21 % Rabatt auf das Standardporto erhält. 8 % gibt der Konsolidierer an den Absender weiter. Fall 1: Der Absender zahlt der DPAG über den Konsolidierer für 1.000 Briefe zu 0,55 EUR/Stück = 550,00 EUR und erhält über den Konsolidierer nachträglich 21 % Rabatt (115,50 EUR) zurück. Der Gesamtbetrag für die Teilleistung der DPAG ist also 434,50 EUR (umsatzsteuerfrei). Insgesamt wendet der Absender aber 506,00 EUR auf, nämlich 550,00 EUR abzüglich 8 % Rabatt (44,00 EUR); der Konsolidierer erhält für seine postvorbereitenden Leistungen separat 71,50 EUR (506,00 abzüglich 434,50 EUR bzw. 115,50 EUR [21 % Rabatt] abzüglich 44,00 EUR [8 % Rabatt]). Diese Vorleistungen sind umsatzsteuerpflichtig: 71,50 EUR brutto enthalten 11,42 EUR Mehrwertsteuer; netto bleiben 60,08 EUR für den Konsolidierer übrig. Fall 2: Der Konsolidierer zahlt der DPAG für 1.000 Briefe zu 0,55 EUR/Stück = 550,00 EUR und erhält nachträglich 21 % Rabatt (115,50 EUR) zurück. Der Gesamtbetrag für die Teilleistung der DPAG ist also 434,50 EUR, und zwar umsatzsteuerfrei. Der Konsolidierer berechnet dem Absender 550,00 EUR abzüglich 8 % Rabatt (44,00 EUR), also 506,00 EUR. In diesem Fall unterliegt der gesamte Rechnungsbetrag (für

70 Vgl. Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main, Verfügung vom 7. August 2008, S-7200 A - 180 - St 111; vgl. Bundesministerium der Finanzen, Umsatzsteuerrechtliche Behandlung der Entgelte für postvorbereitende Leistungen durch einen sog. Konsolidierer (§ 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG), GZ IV A 5 - S 7100 - 177/06 vom 13. Dezember 2006.

71 Vgl. ebenda.

72 BZA: „Briefzentrum Abgang“, d.h. Teilleistungszugang am Briefzentrum der Quellregion; BZE: „Briefzentrum Eingang“, d.h. Teilleistungszugang am Briefzentrum der Zielregion.

die Teilleistungen der DPAG zuzüglich Vorleistungen des Konsolidierers) dem Regelsteuersatz. Von 506,00 EUR brutto sind 80,79 EUR Mehrwertsteuer abzuführen; netto bleiben 425,21 EUR übrig. Weil der Konsolidierer bereits 434,50 EUR an die DPAG gezahlt hat, handelt es sich für ihn um ein Minusgeschäft in Höhe von 9,29 EUR (425,21 EUR abzüglich 434,50 EUR) zuzüglich seiner eigenen Kosten. Dies führt zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten der DPAG. Erstens zahlt der Konsolidierer die „versteckte Mehrwertsteuer“, die in den Teilleistungsentgelten der DPAG enthalten ist, aber nicht explizit als Steuer ausgewiesen wird.⁷³ Zweitens muss er seinen Kunden auf den gesamten Rechnungsbetrag Mehrwertsteuer berechnen, während die DPAG ihre End-to-End-Dienstleistungen umsatzsteuerfrei anbietet. Hier wirkt die Regelung des § 4 Nr. 11b UStG wie eine Preis-Kosten-Schere, weil sie die Preisdifferenz zwischen den Teilleistungen der DPAG und den Angeboten der Konsolidierer verringert. Besondere Bedeutung hat dieser Effekt, weil die für Vorleistungen gewährten Rabatte von den End-to-End-Tarifen der DPAG im internationalen Vergleich ohnehin relativ niedrig, d.h. die Teilleistungsentgelte relativ hoch sind.

3.3.2 Europäischer Rechtsrahmen

79. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung der DPAG und ihrer Wettbewerber umgehend aufgehoben werden. Dabei ist darauf zu achten, dass eine neue Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen nicht dem EU-Rechtsrahmen widerspricht. Die Bundesregierung vertrat über lange Zeit die Ansicht, sie könne die Mehrwertsteuerbefreiung nicht im Alleingang abschaffen, weil sie damit gegen den europäischen EU-Rechtsrahmen verstoße.⁷⁴ Wesentliche Vorgaben dazu machte die Sechste Richtlinie des Rates zum gemeinsamen Mehrwertsteuersystem vom 17. Mai 1977 (Richtlinie 77/388/EWG).⁷⁵ Sie enthält umfassende Regelungen zur Abgrenzung der Umsätze und über die Bemessungsgrundlagen für die Umsatzsteuer und legt den Umfang der Steuerbefreiungen für alle Mitgliedstaaten verbindlich fest. Richtlinie 77/388/EWG wurde durch die Richtlinie 2006/112/EG vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem ersetzt (Mehrwertsteuersystemrichtlinie, MwStSystRL)⁷⁶. Deren Art. 132 Abs. 1 lit. a lautet: „Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer: a) von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen und dazugehörige Lieferungen von Gegenständen mit Ausnahme von Personenbeförderungs- und Telekommunikationsdienstleistungen“.⁷⁷

73 Vorausgesetzt, die Vorsteuer auf Vorleistungen wird von der DPAG vollständig auf die Kunden überwältzt.

74 Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, 51. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 21. September 2006, Antwort der Bundesregierung auf zwei Anträge der Fraktion der FDP und der Fraktion des Bündnisses 90/Die Grünen.

75 ABl. EG Nr. L 145 vom 13. Juni 1977, S. 1.

76 ABl. EU Nr. L 347 vom 11. Dezember 2006, S. 1.

77 Vgl. Richtlinie 77/388/EWG, Art. 13 Teil A Abs. 1: „Unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsvorschriften befreien die Mitgliedstaaten unter den Bedingungen, die sie zur Gewährleistung einer korrekten und einfachen Anwendung der nachstehenden Befreiungen sowie zur Verhütung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und etwaigen Mißbräuchen festsetzen, von der Steuer: a) die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen und die dazugehörenden Lieferungen von Gegenständen mit Ausnahme der Personenbeförderung und des Fernmeldewesens“. Inhaltliche Änderungen ergaben sich aus der Mehrwertsteuersystemrichtlinie bezüglich der Befreiung nicht.

80. Aufgrund dieser Vorschrift ist es derzeit unmöglich, Postdienstleistungen pauschal der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Die deutsche Regelung, nach der lediglich einige, von der DPAG erbrachte Leistungen umsatzsteuerbefreit sind, ist aber ebenso nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Der Zweck der Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern und der Befreiungstatbestände im Rahmen der Mehrwertsteuersystemrichtlinie lautet nach dem Erwägungsgrund 4:

„Voraussetzung für die Verwirklichung des Ziels, einen Binnenmarkt zu schaffen ist, dass in den Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern angewandt werden, durch die die Wettbewerbsbedingungen nicht verfälscht und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr nicht behindert werden. Es ist daher erforderlich, eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern im Wege eines Mehrwertsteuersystems vorzunehmen, um soweit wie möglich die Faktoren auszuschalten, die geeignet sind, die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf nationaler Ebene als auch auf Gemeinschaftsebene zu verfälschen.“

Insofern sollte eine zukünftige Umsatzsteuerregelung für alle Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen beinhalten. Wenn also bestimmte Leistungen begünstigt werden sollen, muss für alle Anbieter dieser Leistungen dieselbe Befreiung gelten. Nähere Hinweise darauf, wie eine europarechtskonforme Umsatzsteuerregelung aussehen könnten, geben zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

3.3.2.1 EuGH-Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84

81. Am 11. Juli 1985 fällte der Europäische Gerichtshof ein Urteil zur Mehrwertsteuerbefreiung von Leistungen, die unmittelbar für die Deutsche Bundespost erbracht wurden.⁷⁸ Die Europäische Kommission hatte der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vorgeworfen, Leistungen von der Umsatzsteuer zu befreien, die die Deutsche Lufthansa für die Bundespost erbracht hatte. Die Bundesregierung vertrat die Auffassung, dass man dem Begriff der „öffentlichen Posteinrichtung“ eine materielle Bedeutung zuzuordnen habe und damit eine Gesamtheit von Tätigkeiten bezeichne, die postalischen Zwecken dienen. Dies lege insbesondere der in der französischen Fassung der Richtlinie 77/388/EWG enthaltene Begriff „les services publics postaux“ nahe. Weil die Leistungen der Lufthansa als Vorleistungen in die Postdienstleistungen der Bundespost eingingen, seien auch diese von der Umsatzsteuer zu befreien, so die Bundesregierung. Zweck der Regelung war, dass die Bundespost die auf den Vorleistungen der Lufthansa liegende Mehrwertsteuer sparen sollte, welche sie – wegen ihrer Steuerbefreiung – nicht im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen konnte. Der Europäische Gerichtshof widersprach der Auffassung der Regierung nur insoweit, als er eine Ausweitung der Steuerbefreiung auf Unternehmen, die nicht selbst, sondern mittelbar für andere Postdienstleistungen erbringen, als nicht rechtmäßig erachtete. Allerdings kam der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass vom Postdienstleister selbst erbrachte Postdienstleistungen unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens von der Steuer zu befreien seien. Daher müssen die Leistungen aller Unternehmen, die Teil des Universaldienstes sind, umsatzsteuerbefreit sein.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84, Slg. 1985, 2655.

82. Für diese Sichtweise spricht auch der Wortlaut des Art. 132 Abs. 1 lit. a MwSt-SystRL, wonach „von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen“ von der Umsatzsteuer zu befreien sind, ohne dass dabei nach einzelnen Leistungsangeboten von staatlichen bzw. privaten Anbietern unterschieden werden kann. Nach der Überschrift betreffen die dort geregelten Umsatzsteuerbefreiungen „bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“. Der Zweck der Regelung liegt also nicht darin, bestimmte Unternehmen zu begünstigen, sondern bestimmte für die Allgemeinheit bedeutende Tätigkeiten nicht durch Steuern zu verteuern. Dies zeigen auch die anderen Befreiungstatbestände deutlich, so etwa wenn in lit. c Leistungen niedergelassener Ärzte, in lit. e Leistungen von Zahntechnikern, in lit. h Leistungen der Kinder- und Jugendbetreuung oder in lit. j Leistungen von Privatlehrern von der Umsatzsteuer befreit werden; in allen diesen Fällen sind auch private Anbieter begünstigt. Damit kann die Mehrwertsteuersystemrichtlinie nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Steuerbefreiung nur für Unternehmen in öffentlicher Hand gelten soll. Sie kann daher nicht ausschließlich für die DPAG gelten. Letztere ist zwar aus der Deutschen Bundespost hervorgegangen, nun aber ein privates Unternehmen, das sich – abgesehen von der Beteiligung des Staates über die KfW – nicht von seinen Wettbewerbern unterscheidet. In diesem Zusammenhang bietet es sich an, vergleichbare Begrifflichkeiten aus anderen Netzindustrien zu betrachten. Im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) werden als „öffentliche Eisenbahnen“ Eisenbahnen verstanden, die von jedermann zur Personen- oder Güterbeförderung benutzt werden können, unabhängig davon, wer der Eigentümer des Unternehmens ist (§ 3 AEG). Im Telekommunikationsgesetz (TKG) werden Gegenstände oder Dienste ebenfalls dann als „öffentlich“ bezeichnet, wenn sie der Allgemeinheit oder der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 3 Nr. 15 bis 17 TKG).

83. Die EU-Kommission hält die derzeit unter anderem in Deutschland praktizierte Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen ebenso für nicht europarechtskonform. Sie richtete am 10. April 2006 ein förmliches Auskunftsverlangen bezüglich der Anwendung der Mehrwertsteuer auf Postdienstleistungen an Schweden (Aktenzeichen 2006/2046), Großbritannien (Aktenzeichen 2006/2047) und Deutschland (Aktenzeichen 2006/2048) – die erste Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 AEUV⁷⁹ (ex-Art. 226 EGV⁸⁰).⁸¹ Die EU-Kommission kritisiert, dass Schweden keine Mehrwertsteuerbefreiungen auf Postdienstleistungen anwende, während Großbritannien alle und Deutschland die meisten der von den ehemaligen Monopolisten angebotenen Postdienstleistungen von der Mehrwertsteuer befreie. Begründet wurden diese Regelungen damit, dass Royal Mail bzw. DPAG besondere Verpflichtungen im Hinblick auf die Bereitstellung des Postuniversaldienstes übertragen wurden. Konkret bemängelt die EU-Kommission an den Regelungen in Großbritannien und Deutschland,

⁷⁹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47.

⁸⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957, in der Fassung des Vertrages von Nizza, konsolidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33.

⁸¹ Während die EU-Kommission darauf wartet, dass der Ministerrat ihren Richtlinienvorschlag zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG, wonach alle Postdienstleistungen künftig der Mehrwertsteuer unterliegen sollen, verabschiedet, überwacht sie die ordnungsgemäße Anwendung bestehender Rechtsvorschriften zur Mehrwertsteuerbefreiung von Postdienstleistungen, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen ehemaligen Monopolen und neuen Marktteilnehmern zu vermeiden. Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Mai 2003, IP/03/633; vgl. auch Europäische Kommission, MEMO/03/98 vom 6. Mai 2003.

dass nicht nur Leistungen nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Besteuerung ausgenommen sind, sondern auch die Leistungen, die zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden. Dem Universaldienstleister sei nach Ansicht der EU-Kommission nach Art. 12 Spiegelstrich 3 der Postrichtlinie explizit gestattet, mit Kunden individuelle Preisvereinbarungen zu treffen. Diese seien dann aber nicht mehr Teil des Universaldienstes und eine Mehrwertsteuerbefreiung dieser Leistung aus Sicht der EU-Kommission nicht zu rechtfertigen. Die Regelungen führten zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber alternativen Anbietern, die voll besteuert werden. Wenn ehemalige Monopolisten aus kommerziellen Gründen einigen Kunden Konditionen anboten, die nicht für die breite Öffentlichkeit gelten, so handelten sie als Marktteilnehmer, die versuchen, den Wettbewerb abzuwehren. Daher sollten für sie dieselben Mehrwertsteuervorschriften gelten, wie für die anderen Anbieter. Die Steuerbefreiung sollte auf die eigentlichen Universaldienstleistungen beschränkt sein.⁸²

84. Im Unterschied zu den beiden vorgenannten Ländern unterliegen in Schweden sämtliche Postdienstleistungen der Besteuerung. Alle Anbieter, auch die, denen die Bereitstellung des Universaldienstes übertragen wurden – derzeit nur Posten AB –, müssen die Mehrwertsteuer erheben. Mit dieser Regelung stelle Schweden zwar sicher, dass die Mehrwertsteuer nicht den Wettbewerb verzerrt, gleichwohl habe das Land eine Steuerbefreiung nicht angewandt, die immer noch Bestandteil der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sei und auf harmonisierte Weise in der gesamten Gemeinschaft angewandt werden müsse. Allein die Tatsache, dass es die „öffentlichen Posteinrichtungen“ im organisatorischen Sinne nach der Liberalisierung der Postmärkte nicht mehr in der Form gibt wie noch in den 1970er Jahren, erlaube es nach Ansicht der EU-Kommission nicht, einfach überhaupt keine Umsatzsteuerbefreiung für Postdienstleistungen vorzunehmen. Die betroffenen Mitgliedstaaten wurden aufgefordert, binnen zwei Monaten zu antworten.⁸³ Weil die EU-Kommission die Antworten auf dieses Auskunftsverlangen als nicht zufriedenstellend beurteilte, forderte sie Schweden, Großbritannien und Deutschland am 24. Juli 2007 förmlich auf, ihre Rechtsvorschriften zur Mehrwertsteuerbefreiung von Postdienstleistungen, die nicht mit der Mehrwertsteuersystemrichtlinie vereinbar sind, zu ändern, und stellte mit Gründen versehene Stellungnahmen der EU-Kommission im Rahmen der zweiten Stufe der Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV (ex-Art. 226 EGV). Werden die nationalen Rechtsvorschriften nicht dementsprechend geändert, kann die EU-Kommission Klage beim Europäischen Gerichtshof erheben.⁸⁴ Dass dies bisher nicht geschehen ist, liegt vermutlich daran, dass sie die Vorabentscheidung des Gerichtshofs zur Frage der Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ abgewartet hat.

3.3.2.2 *EuGH-Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07*

85. Am 23. April 2009 fällte der Europäische Gerichtshof ein Urteil zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ und zu den Kriterien, anhand derer festzulegen sei, welche der von „öffentlichen Posteinrichtungen“ erbrachten Dienstleistungen von der Steuer befreit werden müssen.⁸⁵ TNT Post hatte beim britischen High Court of Ju-

82 Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. April 2006, IP/06/484.

83 Vgl. ebenda.

84 Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juli 2007, IP/07/1164.

85 EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich.

stice Klage erhoben und die Rechtmäßigkeit der exklusiven Befreiung aller Postdienstleistungen von Royal Mail von der Mehrwertsteuer infrage gestellt. TNT Post bietet Konsolidierungsleistungen für Geschäftskunden an und nutzt den Teilleistungszugang der Royal Mail. TNT Post machte geltend, ihre Dienstleistungen seien die gleichen, wie sie von Royal Mail erbracht würden, unterlägen jedoch der Mehrwertsteuer. Das Gericht ersuchte den Europäischen Gerichtshof im Juli 2007 um eine Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV). Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass der Begriff „öffentliche Posteinrichtungen“ die Einrichtungen bezeichne, die die Dienstleistungen erbringen, und nicht die Dienstleistungen selbst, unabhängig von der Eigenschaft des Anbieters.⁸⁶ Ferner schließe die Liberalisierung des Marktes die Anwendung der Befreiung nicht aus. Diese fördere den dem Gemeinwohl dienenden Zweck, Postdienstleistungen, die den Grundbedürfnissen der Bevölkerung entsprechen, zu ermäßigten Kosten anzubieten.⁸⁷ Dieser Zweck stimme mit der in der Postrichtlinie enthaltenen Definition des postalischen Universaldienstes überein und dieser Begriff stelle einen zweckdienlichen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ dar.⁸⁸ Daher stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass als „öffentliche Posteinrichtungen“ die Unternehmen – unabhängig davon, ob sie öffentlich oder privat sind – zu betrachten seien, die sich verpflichten, postalische Dienstleistungen zu erbringen, die den grundlegenden Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen, und damit in der Praxis den gesamten Universalpostdienst in einem Mitgliedstaat oder einen Teil davon zu gewährleisten.⁸⁹ Der Gerichtshof hat klargestellt, dass nicht alle Dienstleistungen der öffentlichen Posteinrichtungen, unabhängig von ihrer Natur, befreit seien, sondern nur die, welche die öffentlichen Posteinrichtungen in ihrer Eigenschaft als Universaldienstleister anbieten. Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt worden und damit nicht öffentlich zugänglich sind, seien von der Steuerbefreiung ausgeschlossen.⁹⁰

3.3.3 Konsequenzen für Reformwürfe in Deutschland

86. Die im Herbst 2009 gewählte neue Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag vereinbart, die Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen mit Blick auf das EuGH-Urteil umgehend so anzupassen, dass keine steuerliche Ungleichbehandlung der Wettbewerber mehr besteht, wobei die Grundversorgung der Bürger mit Postdienstleistungen umsatzsteuerfrei bleiben soll.⁹¹ Ein entsprechender Gesetzentwurf soll Presseberichten⁹² zufolge noch im Jahr 2009 beschlossen werden. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Sondergutachtens haben dem Deutschen Bundestag zwei Gesetzesinitiativen hinsichtlich der Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen vorgelegen. Während nach dem Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion vom 21. Januar 2009⁹³ die Umsatzsteuerbefreiungsvorschrift des § 4 Nr. 11b UStG ersatzlos gestrichen werden sollte,

86 Vgl. ebenda, Rn. 30.

87 Vgl. ebenda, Rn. 33.

88 Vgl. ebenda, Rn. 34 f.

89 Vgl. ebenda, Rn. 34, 36 und 40.

90 Vgl. ebenda, Rn. 49.

91 „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 14.

92 Vgl. Riedel, D., Schäuble sucht Kompromiss bei Post, Handelsblatt vom 17. November 2009, S. 18.

93 Gesetzentwurf der Abgeordneten Gudrun Kopp u.a. und der Fraktion der FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, BT-Drs. 16/11674 vom 21. Januar 2009.

zielte der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10. Dezember 2008⁹⁴ auf die Anpassung dieser Vorschrift ab. Zu den Entwürfen fand am 18. März 2009 eine Anhörung vor dem Finanzausschuss des Bundestages statt. Die Monopolkommission hat in dieser Anhörung Stellung genommen.⁹⁵ Nach dem am 23. April 2009 ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs werden im Folgenden die beiden Gesetzesentwürfe unter den neuen Vorgaben analysiert. Ein inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion⁹⁶ greift diese Vorgaben auf und wird ebenso betrachtet. Ende November 2009 wurde vom Bundesfinanzministerium offenbar ein neuer Referentenentwurf vorgelegt, der jedoch der Monopolkommission zu Redaktionsschluss dieses Sondergutachtens nicht vorgelegen hat. Eine Kommentierung war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Die Monopolkommission begrüßt jedoch prinzipiell, dass dieses seit Jahren bestehende Problem, auf das sie wiederholt hingewiesen hat, nun anscheinend beseitigt werden soll.

3.3.3.1 Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion

87. In Art. 1 des Gesetzentwurfs der FDP-Bundestagsfraktion ist eine vollständige Streichung der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG vorgesehen. Als Begründung für den Wegfall dieser Steuerbefreiung wird darauf hingewiesen, dass hierdurch eine wettbewerblich neutrale Lösung geschaffen werde, wonach alle Anbieter im lizenzierten Bereich für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt würden, und zwar auch dann, wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Bislang bestehende Wettbewerbsverzerrungen würden durch die Streichung der Steuerbefreiung zum Wohle der Verbraucher aufgehoben. Mit der Einführung einer umfassenden Steuerpflicht für die DPAG sei kein Verstoß gegen Europarecht verbunden. Dies gelte auch hinsichtlich Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a der Richtlinie 77/388/EWG, weil die Steuerbefreiung der dort aufgeführten Postdienstleistungen nur für öffentliche Posteinrichtungen Geltung habe, worunter die DPAG als Folge der sukzessiven Privatisierung allerdings nicht mehr falle. Privatwirtschaftliche Unternehmen seien somit nicht zwingend durch die maßgeblichen Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts von der Umsatzsteuer zu befreien. Darüber hinaus entspreche die Streichung der Steuerbefreiung für die DPAG auch den Forderungen der EU-Kommission aus dem in 2006 gegen Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren.⁹⁷

88. Die vorgesehene Streichung des § 4 Nr. 11b UStG beinhaltet einen wettbewerblich neutralen Ansatz zur Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen. Sie entspricht jedoch nicht den Forderungen der EU-Kommission aus dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland. Gerade weil Schweden keine Mehrwertsteuerbefreiungen auf Postdienstleistungen anwendet, hat die EU-Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gegen Schweden eingeleitet. Ferner verstößt die ersatzlose Streichung des § 4 Nr. 11b UStG gegen Europarecht. Der Europäische Gerichtshof ist in seinem Urteil vom 23. April 2009 zu dem Ergebnis gekommen, dass zu den öffentlichen Posteinrich-

94 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, BT-Drs. 16/11340 vom 10. Dezember 2008.

95 Monopolkommission, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der FDP-Fraktion zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes am 18. März 2009.

96 Formulierungshilfe der Fraktion CDU/CSU, Entwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, 2009/0301555.

97 Vgl. BT-Drs. 16/11674, S. 4.

tungen alle Unternehmen gehören, die sich verpflichten, in einem Mitgliedstaat den gesamten Postuniversaldienst, wie er in Art. 3 der Richtlinie 97/67/EG (Postrichtlinie) geregelt ist, oder einen Teil dessen zu gewährleisten. Es spiele hierbei keine Rolle, ob die Universaldienstleistungen von einem öffentlichen oder privaten Anbieter erbracht werden.⁹⁸ Der Gerichtshof ist damit der Ansicht von TNT Post sowie der schwedischen und finnischen Regierung entgegengetreten, welche die Steuerbefreiung von der Reservierung bestimmter Postdienstleistungen im Sinne von Art. 7 der Postrichtlinie abhängig machen wollten. Unerheblich ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch die fortschreitende Liberalisierung des Postsektors. Dies ergebe sich schon daraus, dass Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL die Umsatzsteuerbefreiung unter den gleichen Voraussetzungen vorsehe wie Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a der Richtlinie 77/388/EWG.⁹⁹ Die in den Richtlinien vorgesehene Umsatzsteuerbefreiung stellt für den nationalen Gesetzgeber zwingendes Recht dar. Eine Streichung des § 4 Nr. 11b UStG ist folglich europarechtswidrig. Ferner führt der Europäische Gerichtshof aus, dass die Umsatzsteuerbefreiung dem Grundsatz der Neutralität der Umsatzsteuer nicht widerspreche.¹⁰⁰

Eine Streichung des § 4 Nr. 11b UStG hätte zur Folge, dass sich die DPAG unmittelbar auf die Mehrwertsteuersystemrichtlinie berufen würde, weil sie die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Die DPAG war nach § 52 PostG für den Zeitraum der gesetzlichen Exklusivlizenz zur Erbringung des Universaldienstes in Deutschland verpflichtet. Diese Verpflichtung ist mit Ende 2007 entfallen. In § 56 PostG ist explizit geregelt, dass es der DPAG seitdem freisteht, Universaldienstleistungen künftig nicht mehr, nicht mehr in vollem Umfang oder zu ungünstigeren Konditionen zu erbringen; sie hat lediglich eine Pflicht, die Regulierungsbehörde sechs Monate vorher zu informieren. Dies ist bisher aber nicht erfolgt, d.h. die DPAG erbringt den Universaldienst weiterhin.

3.3.3.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung

89. In Art. 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist eine Änderung der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG vorgesehen. Teile des Universaldienstes sollen aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Steuerbefreiungsvorschrift herausfallen. Die Änderung erweitert den persönlichen Anwendungsbereich der Steuerbefreiung auf alle öffentlichen Posteinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland, worunter nur solche Unternehmen fallen sollen, die die Gesamtheit der Universaldienstleistungen flächendeckend anbieten. Zuständig für die Überprüfung der Anspruchsberechtigung (flächendeckendes Angebot sämtlicher Universaldienstleistungen) soll das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) sein. Als Begründung für die Änderung dieser Steuerbefreiung, die gemäß Art. 3 des Gesetzentwurfs zum 1. Januar 2010 in Kraft treten soll, wird darauf hingewiesen, dass hierdurch der Liberalisierung auf dem Postmarkt Rechnung getragen werden soll.¹⁰¹ Das EuGH-Urteil vom 23. April 2009 hat bislang nicht zu einer Änderung des Gesetzentwurfs geführt. Inwieweit der Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums von Ende November 2009 die neuen Vorgaben des Urteils aufgreift, kann ohne Kenntnis von dessen Wortlaut nicht beurteilt werden.

⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36.

⁹⁹ Vgl. ebenda, Rn. 29 f.

¹⁰⁰ Vgl. ebenda, Rn. 45.

¹⁰¹ Vgl. BT-Drs. 11/11340, S. 6.

90. Der Gesetzentwurf ist in mehreren Punkten kritikwürdig.¹⁰² Nach Art. 1 des Entwurfs sollen nur die Universaldienstleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung fallen, die in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 97/67/EG aufgeführt sind. Universaldienstleistungen, die über diesen Katalog hinaus in der Post-Universaldienstleistungsverordnung, also nach nationalem Recht, vorgesehen sind, sollen künftig steuerpflichtig sein, obwohl die Erweiterung des in der Postrichtlinie definierten Mindestumfangs ausdrücklich legitimiert ist. Der Umfang des Universaldienstes lässt sich den Erwägungsgründen Nr. 11 und 12 der Postrichtlinie entnehmen, wonach der Universaldienst ein Mindestangebot an Diensten einer bestimmten Qualität umfasst, die in allen Mitgliedstaaten allen Nutzern zu tragbaren Preisen unabhängig von ihrem Standort in der Gemeinschaft zur Verfügung stehen. Konkretisierende Regelungen enthalten die Art. 3 bis 6 der Postrichtlinie. Danach umfasst der Universaldienst auch solche Postdienstleistungen, die bei der Umsetzung der Postrichtlinie in nationales Recht über das in der Postrichtlinie beschriebene Mindestangebot hinausgehen. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Postrichtlinie durch das Postgesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung umgesetzt und dabei z.B. von der Möglichkeit nach Art. 3 Abs. 5 Postrichtlinie Gebrauch gemacht, die Gewichtsobergrenze für die unter den Universaldienst fallenden Postpakete auf 20 kg anzuheben (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 PUDLV). Die in Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL unter der Kapitelüberschrift „Steuerbefreiung für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“ genannten Postdienstleistungen betreffen in dem hier relevanten Zusammenhang Universaldienstleistungen, die definitionsgemäß dem Gemeinwohl dienen. Hierdurch wird die sachliche Reichweite der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG bestimmt.¹⁰³ Insofern besteht eine Bindung des sachlichen Anwendungsbereichs der Steuerbefreiung an den durch die Postrichtlinie und das Postgesetz plus Post-Universaldienstleistungsverordnung definierten Umfang des Universaldienstes. Generalanwältin Kokott hatte in ihren Schlussanträgen vom 15. Januar 2009 auf diese Verknüpfung hingewiesen.¹⁰⁴ Folgerichtig hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit befreit sein müssen.¹⁰⁵ Eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Universaldienstleistungen ist europarechtswidrig.

91. Der Gesetzentwurf sieht zwar vor, die bisherige Umsatzsteuerbefreiung der DPAG prinzipiell für alle Anbieter zu öffnen. Damit wird der fortschreitenden Liberalisierung auf dem Postmarkt Rechnung getragen. Die Bundesregierung könne laut Gesetzesbegründung nicht absehen, „wie viele der übrigen Anbieter von Postdienstleistungen die Voraussetzungen zur Erlangung der Umsatzsteuerbefreiung erfüllen werden.“¹⁰⁶ Da der Wettbewerb auf dem Postmarkt auch durch andere staatliche Maßnahmen, wie insbesondere die Allgemeinverbindlicherklärung des zwischen dem von der DPAG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di ausgehandelten Mindestlohns, ausgehebelt wird, ist jedoch entgegen der Einschätzung der Bundesregierung heute schon klar, dass – sofern die Wettbewerbshemmnisse nicht beseitigt

¹⁰² Vgl. dazu auch Schaumburg, H., Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der FDP-Fraktion zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes am 18. März 2009.

¹⁰³ Dem entgegenstehend z.B. der Regierungsentwurf, vgl. BT-Drs. 11/11340, S. 8.

¹⁰⁴ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 75.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 34, 36 und 40. Dem bislang entgegenstehend der Regierungsentwurf, BT-Drs. 11/11340, S. 6.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 11/11340, S. 6.

werden – nur ein Konzern die beiden Bedingungen für die Umsatzsteuerbefreiung erfüllen wird, nämlich die Deutsche Post mit DHL als Paketdienstleister und der DPAG als Briefdienstleister. Der Gesetzentwurf hätte also zur Folge, dass ausschließlich die Universaldienstleistungen der Deutschen Post umsatzsteuerbefreit wären. Dies würde weiterhin zu einer erheblichen Benachteiligung der Wettbewerber im Brief- und Paketbereich führen. Aus ökonomischer Sicht ist der Entwurf auch deshalb problematisch, weil die vorgesehene Regelung eine Markteintrittsbarriere darstellt. Ein neuer Wettbewerber profitiert erst dann von der Umsatzsteuerbefreiung, wenn er sämtliche Universaldienstleistungen flächendeckend anbietet. In der Zeit direkt nach dem Markteintritt hingegen gilt die Umsatzsteuerbefreiung (noch) nicht. Gerade dann muss ein neuer Anbieter jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel des Anbieters zu geben. Zugleich hat ein neuer Anbieter durch niedrigere Beförderungsvolumina zunächst erhebliche Skalennachteile gegenüber dem weiterhin geschützten Marktbeherrscher. Die Bedingung für die Umsatzsteuerbefreiung, nämlich das Angebot der Gesamtheit der Universaldienstleistungen läuft auch dem EuGH-Urteil zuwider. Während Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen vom 15. Januar 2009 noch ausführte, der steuerlich zu begünstigende Universaldienst bestehe gerade in der Bereitstellung eines öffentlichen Postnetzes als einer Gesamtheit von Infrastruktureinrichtungen und Dienstleistungen¹⁰⁷, kam der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass als öffentliche Posteinrichtungen die Unternehmen zu betrachten seien, die sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon zu gewährleisten. Das heißt, eine Segmentierung ist laut EuGH-Urteil europarechtlich zulässig.^{108,109} Die Anforderung an die Universaldienstleistung in Teilen umfasst die flächendeckende Erbringung einer bestimmten Kategorie (z.B. Briefdienste oder Paketdienste). Der Gesetzentwurf ist dahingehend zu verändern.

92. Anlass für Kritik gibt auch § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Art. 1 des Gesetzentwurfs. Danach sollen Postdienstleistungen, die auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu reduzierten Entgelten oder zu abweichenden Qualitätsbedingungen als nach den allgemein für jedermann zugänglichen Tarifen oder als den nach § 19 PostG genehmigten Entgelten erbracht werden, nicht steuerfrei sein. Der Europäische Gerichtshof hat von der Steuerbefreiung, die in Art. 13 Teil A. Abs. 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁰ Zu den individuell ausgehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Abs. 1 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Entscheidendes Kriterium ist also, ob die Leistungen auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden. Universaldienstleistungen, die auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erbracht werden, sind von der Umsatzsteuer zu befreien. Dazu zählen auch Massensendungen zu reduzierten Entgelten oder zu abweichenden Qualitätsbe-

¹⁰⁷Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 63.

¹⁰⁸Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36.

¹⁰⁹Das Kriterium der Flächendeckung ist in Art. 3 Abs. 1 Postrichtlinie aufgeführt. Ob die flächendeckende Erbringung einzelner Postdienstleistungen, die Teil des Universaldienstes sind, ausreicht, ist fraglich.

¹¹⁰Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 49; vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 89 f.

dingungen, wenn ihnen allgemein gültige Preise und Einlieferungsbedingungen zugrunde liegen. Das ist auch die Sichtweise der Generalanwältin Kokott.¹¹¹ Mit diesen Vorgaben ist § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Art. 1 des Gesetzentwurfs nicht zu vereinbaren. Er sollte daher vollständig gestrichen werden.

93. Eine Fehlformulierung beinhaltet vermutlich der Wortlaut des § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. a UStG in der Fassung von Art. 1 des Gesetzentwurfs. Danach wird die Steuerbefreiung nicht für Leistungen gewährt, die auf der Grundlage „einzelvertraglicher Vereinbarungen“ erbracht werden. Zivilrechtlich sind Einzel- und Rahmenverträge zu unterscheiden. Einzelverträge können standardisiert werden, wenn man ihnen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde legt. Sie sind jedoch nur eine Vorformulierung von Vertragsbedingungen. Bedeutung erlangen sie erst durch das Vorliegen eines wirksamen Einzelvertrags, in den sie einbezogen wurden.¹¹² Dann handelt es sich um einen Einzelvertrag zu standardisierten Bedingungen. Jedem Kauf einer Briefmarke liegt damit ein Einzelvertrag bzw. eine einzelvertragliche Vereinbarung zugrunde. Ebenso werden sämtliche Universaldienstleistungen auf der Grundlage einzelvertraglicher Vereinbarungen erbracht. Nach dem genauen Wortlaut würde die Regelung eine vollständige Streichung der Umsatzsteuerbefreiung bedeuten. Dies kann nicht bezweckt sein. Die Regelung soll wahrscheinlich die Erbringung von Postdienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen von der Umsatzsteuerbefreiung ausschließen. Dies ist inzwischen wohl auch die Meinung der Bundesregierung.¹¹³ Für den Europäischen Gerichtshof ist entscheidungsrelevant, ob Verträge mit Kunden individuell ausgehandelt werden oder nicht. Für Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt werden, gilt die in Art. 13 Teil A. Abs. 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehene Steuerbefreiung nicht. Für diese Sicht spricht neben der Formulierung der englischen Originalfassung des Urteils („...for which the terms have been individually negotiated“) auch der Erwägungsgrund 15 der Postrichtlinie, wonach die Möglichkeit, Verträge mit Kunden individuell auszuhandeln, von vornherein nicht dem Begriff des Universaldienstangebots entspricht.¹¹⁴ Daher sollte in dem Gesetzentwurf die Formulierung „individuell ausgehandelt“ lauten.

94. Nach Art. 2 des Gesetzentwurfs soll das Bundeszentralamt für Steuern für die Erteilung einer Bescheinigung darüber zuständig sein, „dass der Unternehmer die Gesamtheit der Universaldienstleistungen im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland flächendeckend anbietet“. Das Bundeszentralamt für Steuern wurde als Nachfolgebehörde des Bundesamtes für Finanzen zum 1. Januar 2006 eingerichtet. Es ist eine von drei Bundesoberbehörden im Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums und hat derzeit fast 1.000 Beschäftigte in fünf Abteilungen. Die Abteilung Q befasst sich mit Querschnittsaufgaben. Der Bereich Steuern ist untergliedert in zwei Abteilungen: Die Abteilung Steuern I nimmt Aufgaben mit überwiegend internationalem Bezug wahr,

¹¹¹ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 85-87.

¹¹² Vgl. dazu § 305 BGB: Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag.

¹¹³ Im EuGH-Urteil wird ausgeführt, dass die Bundesregierung und die EU-Kommission zu Recht geltend gemacht hätten, dass Dienstleistungen öffentlicher Posteinrichtungen, deren Bedingungen „einzelvertraglich ausgehandelt“ (nicht: „vereinbart“) worden sind, nicht als nach Art. 13 Teil A. Abs. 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG befreit gelten könnten. Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 47.

¹¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 48.

wie z.B. die Amtshilfe für in- und ausländische Steuerbehörden, die Vermittlung von Zustellung und Vollstreckung ausländischer Steuerbescheide, die Durchführung von Verständigungsverfahren und Absprachen über Verrechnungspreise. Die Abteilung Steuern II hat Aufgaben mit überwiegend nationalem Bezug, wie z.B. die Fachaufsicht über die Durchführung des Familienleistungsausgleichs und der Altersvorsorgezulage, die Durchführung der Verfahren zur Erstattung, Vergütung und Freistellung von Kapitalertragsteuer und die Durchführung des Kontenabrufverfahrens. Ebenso in zwei Abteilungen untergliedert ist die Bundesbetriebsprüfung: Bei der Abteilung Bp I liegt der Schwerpunkt der auf den Produktionsbranchen, bei der Abteilung Bp II auf den Dienstleistungsbranchen. Insgesamt umfasst die Bundesbetriebsprüfung 15 fachlich abgegrenzte Prüfungsreferate, die nach Branchen geordnet sind, sowie das Innendienstreferat. Es sei dahingestellt, welche Tätigkeiten das Bundeszentralamt für Steuern qualifizieren festzustellen, ob ein Postdienstleister die Voraussetzungen des § 4 Nr. 11b UStG in der Fassung des Entwurfs erfüllt. Fest steht, dass das Ausstellen dieser Bescheinigungen eine Funktion mit wettbewerbspolitischer Bedeutung ist. Insofern sollte eine Behörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums dafür verantwortlich sein. Hier existiert mit der Bundesnetzagentur bereits eine umfänglich ausgestattete und in Postregulierungsfragen kompetente Behörde; der Auf- bzw. Ausbau bestehender Kapazitäten im Bundeszentralamt für Steuern ist nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Kompetenzverteilung sollte die Bundesnetzagentur alleine die Verantwortung für diese Aufgabe übernehmen. Ferner sollten die Verfahrensgrundsätze, nach denen die Erbringung von Postuniversaldienstleistungen als öffentliche Posteinrichtung bescheinigt und überwacht werden, in das Gesetz aufgenommen werden.

95. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: In Orientierung an der Postrichtlinie und dem Postgesetz muss eine europarechtskonforme Steuerbefreiungsvorschrift ausnahmslos alle Universaldienstleistungen öffentlicher Posteinrichtungen erfassen. Zu den öffentlichen Posteinrichtungen zählen die Unternehmen, die den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon flächendeckend in der Bundesrepublik Deutschland anbieten. § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Art. 1 des Gesetzentwurfs sollte gestrichen werden, weil der Europäische Gerichtshof von der Steuerbefreiung, die in Art. 13 Teil A. Abs. 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen hat, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁵ Zu den individuell ausgehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. a UStG enthält eine Fehlformulierung, weil sämtliche Universaldienstleistungen auf der Grundlage einzelvertraglicher Vereinbarungen getroffen werden. Richtig wäre der Ausschluss der Steuerbefreiung bei individuell ausgehandelten Bedingungen. Die Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern ist zwar rechtlich nicht zu beanstanden, aber ökonomisch nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Aufgabenverteilung sollte die in Postregulierungsfragen ohnehin kompetentere Bundesnetzagentur allein dafür verantwortlich sein.

¹¹⁵ Vgl. ebenda, Rn. 49 sowie auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Tz. 89 f.

3.3.3.3 Inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion

96. In Reaktion auf die Entscheidung des Europäische Gerichtshofs vom 23. April 2009 liegt ein inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vor. Dieser Entwurf verändert den Entwurf der Bundesregierung an zwei Stellen: Erstens soll nach § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG in der Fassung von Art. 1 des inoffiziellen Entwurfs die Steuerbefreiung nun an die Voraussetzung geknüpft sein, „dass der Unternehmer die Gesamtheit der Universaldienstleistungen oder einen Teilbereich dieser Leistungen“ entsprechend einer Bescheinigung des Bundeszentralamtes für Steuern flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anbietet. Hierzu muss sich der Unternehmer gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern verpflichten. Zweitens soll die Steuerbefreiung nicht für Leistungen gelten, die der Unternehmer „auf Grund individuell ausgehandelter Bedingungen“ erbringt (§ 4 Nr. 11b Satz 3 lit. a UStG in der Fassung von Art. 1 des Entwurfs).

97. Die Monopolkommission begrüßt die Veränderung des Gesetzentwurfs dahingehend, dass die Bedingung für die Umsatzsteuerbefreiung nicht länger das Angebot der Gesamtheit der Universaldienstleistungen sein soll. Der Europäische Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass als öffentliche Posteinrichtung – Kriterium für die Umsatzsteuerbefreiung – die Unternehmen zu betrachten seien, die sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon zu gewährleisten. Eine Segmentierung ist nach dem EuGH-Urteil europarechtlich zulässig.¹¹⁶ Die Anforderung an die Universaldienstleistung in Teilen umfasst die flächendeckende Erbringung einer bestimmten Kategorie (z.B. Briefdienste oder Paketdienste). Zu begrüßen ist auch die Veränderung der Formulierung des § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. a UStG von „auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarungen“ im Gesetzentwurf der Bundesregierung zu „auf Grund individuell ausgehandelter Bedingungen“ im Entwurf der CDU/CSU-Fraktion. In den anderen Kritikpunkten bleibt der Wortlaut jedoch unverändert. Nach Art. 1 des Entwurfs sollen weiterhin nur die Universaldienstleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung fallen, die in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 97/67/EG aufgeführt sind. Eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Universaldienstleistungen ist jedoch europarechtswidrig. Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, dass Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit befreit sein müssen.¹¹⁷ § 4 Nr. 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Art. 1 des Entwurfs sollte gestrichen werden, weil der Gerichtshof von der Steuerbefreiung, die in Art. 13 Teil A. Abs. 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen hat, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁸ Zu den individuell ausgehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern ist rechtlich nicht zu beanstanden, aber ökonomisch nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Aufgabenverteilung sollte die in Postregulierungsfragen ohnehin kompetentere Bundesnetzagentur allein dafür verantwortlich sein.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36, 40.

¹¹⁷ Vgl. ebenda, Rn. 34, 36 und 40. Dem bislang entgegenstehend der Regierungsentwurf, vgl. BT-Drs. 11/11340, S. 6.

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 49 und 50; vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Tz. 89 und 90.

3.3.4 Reforminitiative für den europäischen Rechtsrahmen

98. Aufgrund der komplexen Konsequenzen des europäischen Rechtsrahmens für die nationale Gesetzgebung in Bezug auf die mehrwertsteuerliche Behandlung von Postdienstleistungen hat die EU-Kommission bereits am 5. Mai 2003 dem Rat einen Richtlinienvorschlag zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG vorgelegt¹¹⁹, wonach alle Postdienstleistungen künftig der Mehrwertsteuer unterliegen sollen. Das heißt, auf den Mehrwert, den eine öffentliche Posteinrichtung bei der Erbringung einer Leistung generiert, würde die Mehrwertsteuer berechnet; dafür könnte der Anbieter aber erstmals die Steuer, die auf den bezogenen Vorleistungen liegt, im Rahmen des Vorsteuerabzuges geltend machen. Obwohl der Kunde künftig die Mehrwertsteuer auf den vom Postdienstleister hinzugefügten Mehrwert zahlen müsste, entfielen die „versteckte Mehrwertsteuer“ auf dessen Kosten. Um Preiserhöhungen für die Verbraucher zu vermeiden, räumt der Vorschlag den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, auf Standardpostdienstleistungen einen ermäßigten Satz anzuwenden. Darunter sollen adressierte Briefe und Pakete bis 2 kg einschließlich normaler und prioritärer Zustellung sowie Einschreibsendungen fallen. Hierzu würden auch Direktwerbung, Bücher, Kataloge, Zeitungen usw. gehören, sofern sie an einen namentlich genannten Empfänger gerichtet sind. Für Pakete schwerer als 2 kg und Express- und Kurierdienste soll der Regelsteuersatz gelten. Im Zuge des Konsultationsverfahrens hat das Europäische Parlament eine Stellungnahme zu dem Richtlinienvorschlag abgegeben, in der die EU-Kommission um einige Änderungen ersucht wurde. So sollte der Umfang der Dienstleistung, auf die ein ermäßigter Steuersatz angewendet werden kann, ausgeweitet und die Frist für die Umsetzung der Richtlinie verlängert werden. Ein entsprechend geänderter Entwurf für eine Änderungsrichtlinie ist dem Rat am 8. Juli 2004 zugegangen. Damit liegt dem Ministerrat seit nun fünf Jahren eine Richtlinie zur Verabschiedung vor, die die Probleme der Mitgliedstaaten mit einer europarechtskonformen Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen beheben würde. Die Bundesregierung sollte sich für eine baldige Verabschiedung dieser Richtlinie einsetzen.

99. Unabhängig vom Ausgang dieser Initiative sollte baldmöglichst eine wettbewerblich neutrale Lösung der Besteuerung von Postdienstleistungen umgesetzt werden. Die Entfaltung von Wettbewerb im seit 1. Januar 2008 formal liberalisierten Markt wurde durch die bestehende Regelung des § 4 Nr. 11b UStG ohnehin schon über Gebühr behindert. Es wäre nicht hinzunehmen, wenn die Bundesregierung die Umsetzung weiterhin verzögert. Ökonomisch wünschenswert wäre eine Lösung, die sicherstellt, dass alle Anbieter von Postdienstleistungen für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Denn auch eine Steuerbefreiungsregelung, die voraussetzt, dass mindestens eine Kategorie des Universaldienstes (z.B. Brief- oder Paketdienste) flächendeckend angeboten wird, wirkt wie eine Markteintrittsbarriere. Ein neuer Anbieter profitiert erst dann von der Befreiung, wenn er die betreffenden Leistungen flächendeckend anbietet. In der Zeit direkt nach dem Markteintritt gilt die Befreiung (noch) nicht. Gerade dann muss der Wettbewerber jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel des Postdienstleisters zu geben. Zugleich hat er durch niedrigere Beförderungsvolumina zunächst erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen.

¹¹⁹Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Mai 2003, IP/03/633 sowie auch Europäische Kommission, MEMO/03/98 vom 6. Mai 2003.

3.4 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

100. Nach § 19 Satz 1 PostG sind die Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, von der Regulierungsbehörde zu genehmigen, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. Davon ausgenommen sind seit dem 1. Januar 2008 die Entgelte ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück (§ 53 PostG i.V.m. § 19 Satz 2 PostG). Die Entgelte für Leistungen eines marktbeherrschenden Anbieters unter der Einlieferungsmenge von 50 Stück sind weiterhin einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterworfen. Betroffen sind von dieser Vorschrift nur die Entgelte der DPAG. Keinem Genehmigungsvorbehalt unterliegen die Entgelte für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen, wie z.B. von Kurier-, Express- oder Paketdiensten. Nimmt ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung ein, besteht nach § 25 PostG allerdings die Möglichkeit einer Ex-post-Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur. Eine derartige Überprüfung ist einzuleiten, wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Entsprechend Satz 1 dieser Vorschrift dürfen die Entgelte nach Nr. 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, sie dürfen nach Nr. 2 keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und sie dürfen nach Nr. 3 einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Dabei sind nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG insbesondere die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, die Kosten für die Erbringung des Universaldienstes und für die Altlasten, die der DPAG aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstehen, angemessen zu berücksichtigen.

101. Für die Genehmigung der Entgelte der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen eines marktbeherrschenden Anbieters durch die Bundesnetzagentur sieht § 21 Abs. 1 PostG grundsätzlich zwei Verfahren vor. Die Entgelte können entweder für einzelne Dienstleistungen im Rahmen eines Einzelgenehmigungsverfahrens oder für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen nach den von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Maßgrößen (Price-Cap-Verfahren) genehmigt werden. Beim Einzelgenehmigungsverfahren sind die Maßstäbe des § 20 PostG anzuwenden, d.h. die Entgelte müssen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KEL) orientieren und müssen den Vorgaben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die Kosten, die für die Leistungsbereitstellung nach Effizienzkriterien zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals unabdingbar sind. Sie sind als Beurteilungsmaßstab in § 20 Abs. 1 PostG ausdrücklich nur für die Ex-ante-Genehmigung vorgeschrieben. Für die Ex-post-Kontrolle gelten nur die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG mit allen Einschränkungen. Sofern das Price-Cap-Verfahren Anwendung findet, gelten bei Einhaltung der festgelegten Maßgrößen die Anforderungen des § 20 Abs. 1 PostG als erfüllt. Somit ist bei Verwendung des Price-Cap-Verfahrens ein Preishöhenmissbrauch auszuschließen.

102. Nähere Vorgaben für die Durchführung des Einzelgenehmigungs- und Price-Cap-Verfahrens enthält die Post-Entgeltregulierungsverordnung vom 22. November 1999

auf der Grundlage des § 21 Abs. 4 PostG. Für das Einzelgenehmigungsverfahren folgen die Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung dem „Top-down“-Ansatz, d.h. sie stellen auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab und sehen im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung vor.¹²⁰ § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 2 PEntgV verlangen von den Unternehmen Kostennachweise mit einer getrennten Aufstellung der veranschlagten Einzel- und Gemeinkosten. Im Rahmen der Kostennachweise sind nach § 2 Abs. 2 Satz 3 PEntgV weitere Nachweise zu leisten, insbesondere zur Ermittlungsmethode der Kosten, zur Höhe der Personalkosten, Abschreibungen, Zinskosten des eingesetzten Kapitals und Sachkosten, sowie Angaben zur Kapazitätsauslastung. Die nähere Ausgestaltung des Price-Cap-Verfahrens regelt § 4 PEntgV. Danach hat die Bundesnetzagentur zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festzustellen und dann die Maßgrößen anhand der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate und des zu erwartenden Produktivitätsfortschritts zu bestimmen. Bei der Festlegung der Maßgrößen hat sie das Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen.

3.4.1 Kritik am Einzelgenehmigungsverfahren

103. Die Monopolkommission hat bereits in ihrer letzten Stellungnahme zur Wettbewerbsentwicklung auf den Postmärkten die großen preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG kritisiert, welche daraus folgen, dass das Unternehmen die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, die in § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG aufgeführten Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung berücksichtigen zu lassen.¹²¹ Diese Aufzählung ist nach Sedemund nach dem Wortlaut und Zweck der Vorschrift nur beispielhaft und weit auszulegen.¹²² So seien im Rahmen der Kostenkontrolle grundsätzlich alle Sonderlasten zu berücksichtigen, die für die DPAG direkt oder indirekt aus der ihr vom Staat auferlegten Übernahme des Vermögens, des Personals der Deutschen Bundespost und sonstiger Verpflichtungen resultieren und die ein im Wettbewerb entstandenes Unternehmen nicht zu tragen hätte. Dazu zählten die Mehrkosten des Universaldienstes auch dann, wenn es keine förmliche Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes gebe, sowie die Kosten der von der Bundespost getroffenen Investitionsentscheidungen, auch wenn sich diese im Nachhinein als nicht oder nur teilweise effizient erwiesen hätten, die Mehrkosten für die Ruhestandsbezüge der Beschäftigten der Bundespost und für ein generell erhöhtes Niveau der Personalkosten aus den von der Bundespost übernommenen Beamtenverhältnissen und Arbeitsverträgen. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil die Bundesnetzagentur die Kosten für die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, den Universaldienst und die Altlasten zwar bei der Entgeltbemessung berücksichtigt, aber weiterhin keine Angaben darüber macht, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden.

104. Eine Regelung wie die Berücksichtigung der Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen gibt es z.B. auch im Bereich der Telekommunikation. Dort werden bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die tatsächlichen Löhne angesetzt. Im Bereich Gas war

¹²⁰ Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 41.

¹²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 92-102.

¹²² Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 129 f.

vorgesehen, das derzeit bestehende Gehaltsniveau als vom Unternehmen nicht beeinflussbar anzusehen und damit von der Anreizregulierung auszunehmen.¹²³ Die Monopolkommission sieht keine Rechtfertigung dafür, das aus Monopolzeiten stammende Niveau von betrieblichen bzw. tarifvertraglichen Vereinbarungen über Löhne, Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen in den inzwischen liberalisierten Netzindustrien konservieren zu wollen. Weil davon auszugehen ist, dass bei der Leistungserbringung nicht Löhne in der derzeitigen Höhe gezahlt werden müssen, ist es unangebracht, dieses Niveau bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde zu legen. Höchstens sollte der tariflich vereinbarte, für allgemeinverbindlich erklärte Postmindestlohn angesetzt werden.

105. Die Möglichkeit, aufgrund einer inzwischen freiwilligen Erbringung des Universaldienstes durch die DPAG und der Altlasten Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, ist in keinem anderen sektorspezifischen Gesetz zur Entgeltregulierung vorgesehen. Davon abgesehen ist inzwischen auch kein Grund mehr für eine Entschädigung der DPAG für die Übernahme des Universaldienstes und der Altlasten ersichtlich. Seit dem 1. Januar 2008 ist die Verpflichtung des Unternehmens zur Erbringung des Universaldienstes entfallen. Eine Entschädigung für den Universaldienst zu zahlen, wäre nur dann denkbar, wenn sich herausstellt, dass dem Unternehmen dadurch tatsächlich zusätzliche Kosten entstehen. In diesem Fall muss aber nicht zwingend die DPAG mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt, sondern diese Aufgabe sollte ausgeschrieben werden. Eine Entschädigung der DPAG für die Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost ist durch die Monopolgewinne, die die DPAG durch die Exklusivlizenz für Standardbriefe bis Ende 2007 erzielen konnte, inzwischen mehr als ausreichend erfolgt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die Vorteile, die der DPAG aus der Nachfolge der Deutschen Bundespost entstehen, in keinerlei Weise berücksichtigt, wie z.B. die Übernahme eingearbeiteter Mitarbeiter, die flächendeckende Netzinfrastruktur und nicht zuletzt viele Millionen Kunden.

106. Auch die EU-Kommission kritisiert, dass der Spielraum bei der Entgeltbemessung für die DPAG ein großer Vorteil ist, der von der Bundesnetzagentur jedoch an keiner Stelle quantifiziert wird. Sie hat die Bundesrepublik Deutschland im Juni 2002 verpflichtet, unerlaubte Beihilfen in Höhe von 572 Mio. EUR von der DPAG zurückzufordern. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass die DPAG in den Jahren 1994 bis 1998 Verluste im Paketgeschäft mit Großkunden durch Gewinne aus dem staatlich geschützten Briefmonopol ausgeglichen und damit die Preise ihrer Wettbewerber unterboten habe. Dagegen klagte die DPAG. Das Gericht erster Instanz (EuG) gab am 1. Juli 2008 dieser Klage statt. Nach dieser Entscheidung muss die Bundesrepublik den 2003 in Erfüllung der Kommissionsentscheidung von der DPAG an die Bundesrepublik gezahlten vorgenannten Betrag plus Zinsen für die vergangenen Jahre (insgesamt 1,067 Mrd. EUR) an die DPAG zurückzahlen.¹²⁴ Nach Auffassung des Gerichts erster Instanz habe die EU-Kommission den Fall nicht sorgfältig genug geprüft und sei den Beweis für die Quersubventionierung schuldig geblieben. Im September 2007 hat die EU-Kommission außerdem ein förmliches Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV

¹²³ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 588.

¹²⁴ Vgl. EuG, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. T-266/02, DPAG/Kommission.

(ex-Art. 88 Abs. 2 EGV) eingeleitet,¹²⁵ das sie als Ergänzung und Erweiterung des vorherigen Verfahrens betrachtet. Hierbei will sie prüfen, ob der Ausgleich, den die DPAG für die Erbringung des Universaldienstes von 1989 bis 2007 erhalten hat, erforderlich und angemessen war. Um die Höhe des Ausgleichs ermitteln zu können, beabsichtigt die EU-Kommission, sämtliche staatlichen Zuwendungen an die DPAG zu erfassen und monetär zu bewerten. Dazu gehören unter anderem die anteilige staatliche Finanzierung von Pensionen für Beamte der DPAG, die Gewähr einer Exklusivlizenz sowie die Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltgenehmigung nach § 20 PostG. Dem sollen die Nettomehrkosten der DPAG für den Universaldienst gegenübergestellt werden. Aufgrund der hohen Renditen im Briefbereich vermutet die EU-Kommission eine Überkompensation der DPAG für die Erbringung des Universaldienstes. Derzeit ist eine Klage der DPAG betreffend der Anordnung zur Auskunftserteilung durch die EU-Kommission vor dem Gericht erster Instanz anhängig.¹²⁶

107. Die Monopolkommission sieht die preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG äußerst kritisch und plädiert für eine ersatzlose Streichung der Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG und – gleichlautend – § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV, damit zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung – so wie in allen anderen liberalisierten Netzindustrien auch – der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Nur so kann im Rahmen der Ex-ante-Regulierung eine Preisstruktur entstehen, die sich auch auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb bilden würde. Entgelte, die zusätzliche Kostenkomponenten beinhalten, spiegeln weder in Höhe noch Struktur die Preise wider, die sich unter vollständig wettbewerblichen Bedingungen bilden würden. Eine Verzerrung der Preisstruktur der DPAG, wie es die beschriebenen Regelungen erlauben, führt z.B. dazu, dass in den Bereichen, in denen die genehmigten Entgelte deutlich über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, der Markteintritt sich auch für solche Anbieter lohnt, die weniger effizient als der ehemalige Monopolist sind. Dies gilt es dringend zu vermeiden.

3.4.2 Kritik am *Price-Cap-Verfahren*

108. Die Bundesnetzagentur hat erstmals im Jahr 2002 ein Price-Cap-Verfahren durchgeführt und die Maßgrößen für Briefsendungen bis 1.000 g beschlossen. Die Maßgrößen, die die Entwicklung der maximal zulässigen Preisobergrenzen für die in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festlegen, galten vom 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007. Der Price-Cap bestand aus drei Körben, dem Korb M für Postdienstleistungen im Monopol, dem Korb W für Postdienstleistungen im Wettbewerbsumfeld und dem Korb T für postalische Teilleistungen. Innerhalb dieser Regulierungsperiode wurden die Preise jährlich zum 1. Januar an die Maßgrößenvorgaben (Produktivitätsfortschrittsrate und Preissteigerungsrate) angepasst. Nach dem Auslaufen dieser Fünfjahresperiode gilt seit 1. Januar 2008 eine den veränderten Rahmenbedingungen angepasste neue Regulierungsperiode mit einer Dauer von vier Jahren.¹²⁷ Dabei wurden alle Dienstleistungen, die weiterhin der Ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen,

¹²⁵ Vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C 36/07 (ex NN 25/07) – Staatliche Beihilfe an die Deutsche Post AG, Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrags, ABl. EU Nr. C 245 vom 19. Oktober 2007, S. 21.

¹²⁶ Vgl. EuG, Rs. T-570/08, DPAG/Kommission, Klage eingereicht am 22. Dezember 2008

¹²⁷ Vgl. BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, Bk 5b-07/068.

in einem Korb zusammengefasst. Die Leistungen des Korbes T und die Geschäftskundenprodukte des Korbes W unterliegen seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr der Ex-ante-Entgeltregulierung. Die Übertragung ungenutzter Entgeltspielräume auf folgende Price-Cap-Perioden, der sog. Carry-Over, bleibt erhalten. Die erwartete Produktivitätsfortschrittsrate – der sog. X-Faktor – wurde für die Jahre 2008 bis 2011 auf jeweils 1,8 % angesetzt. Das bedeutet, dass die DPAG die im Price-Cap enthaltenen Dienstleistungen im Durchschnitt jährlich maximal um einen Betrag in Höhe der Inflationsrate abzüglich des X-Faktors von 1,8 % erhöhen darf, sofern es keinen Carry-Over gibt. In der vorherigen Regulierungsperiode war für die Jahre 2004 bis 2007 der X-Faktor in gleicher Höhe festgesetzt worden. Insofern unterscheidet sich der aktuelle Price-Cap von dem vorherigen nur darin, dass ein großer Teil der früher enthaltenen Dienstleistungen herausgefallen ist. Bei der Ermittlung des X-Faktors sind das Verhältnis des Ausgangsentgelt-niveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 4 Abs. 3 PEntgV) und die Produktivitätsfortschrittsraten von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 4 PEntgV). Dabei werden nicht allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Entgeltmaßstab berücksichtigt, sondern ebenso die Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG. Preislich verändert sich durch den neuen Price-Cap wenig. Für das Jahr 2009 hätte die DPAG das Preisniveau um maximal 0,5 % anheben können. Diesen Erhöhungsspielraum hat das Unternehmen allerdings nur für Auslandspost genutzt. Für deutschlandweite Briefsendungen wurden keine Preiserhöhungen beantragt. Folglich blieben die Porti für Inlandspost stabil. Die Bundesnetzagentur hat als Ausgangsentgelt-niveau für die laufende Regulierungsperiode die am 31. Dezember 2007 von der DPAG erhobenen Entgelte genommen und für die folgenden vier Jahre einen jährlich gleich bleibenden X-Faktor festgesetzt. Daraus lässt sich schließen, dass sie das Ausgangsentgelt-niveau nicht für missbräuchlich überhöht hält bzw. es in ihren Augen den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuzüglich der Kosten für Universaldienst und Altlasten entspricht. Andernfalls hätte entweder das Ausgangsentgelt-niveau deutlich niedriger sein müssen, als die Preise der DPAG tatsächlich sind, oder der X-Faktor im ersten Jahr des neuen Price-Caps deutlich höher ausfallen müssen. Die Bundesnetzagentur hat der Monopolkommission leider keinen Zugang zu den Unterlagen bezüglich der Ausgestaltung des neuen Price-Cap gewährt. Die Behörde gab der Monopolkommission inzwischen die Auskunft, dass bei der erwarteten Produktivitätsfortschrittsrate von 1,8 % auf die Entwicklung der Arbeitsproduktivität abgestellt wurde.

109. Die Monopolkommission hat die Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits in ihrer letzten Stellungnahme zur Wettbewerbsentwicklung auf den Postmärkten kritisiert.¹²⁸ Die Kritik bezog sich im Wesentlichen auf zwei Punkte. Erstens hält es die Monopolkommission für ausgeschlossen, dass das Ausgangsentgelt-niveau nicht überhöht war. Zweitens hält sie die von der Bundesnetzagentur erwarteten Produktivitätsfortschritte der DPAG für zu gering. Zu Punkt 1: Die Umsatzrendite der DPAG im Konzernbereich Brief betrug im Jahr 2008 15,7 % (vgl. Tabelle 2.6 in Abschnitt 2.3). Eine solche Rendite ist nur möglich, wenn das Preisniveau deutlich über den Kosten liegt, unabhängig davon, wie sich diese Kosten zusammensetzen, also inwiefern neben den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch noch Kosten für Altlasten oder Universaldienste berücksichtigt werden. Ferner hat die DPAG in der Vergangenheit die

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 104-111.

Preissetzungsspielräume des Price-Cap nicht einmal vollständig ausgenutzt. Die hohen Umsatzrenditen im Briefbereich wurden also mit Preisen erzielt, die sogar leicht unter denen liegen, die nach Ansicht der Bundesnetzagentur verlangt werden müssen, um die Kosten der Briefbeförderung einschließlich aller „Sonderbelastungen“ zu decken. Ferner hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsentgelt-niveaus für den Price-Cap Ist- und Soll-Preise von 2007 verwendet, welche beide Kosten für den Universaldienst enthalten. Die DPAG ist seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr dazu verpflichtet, den Universaldienst zu erbringen, sondern tut dies seitdem freiwillig. Die Tatsache, dass ein gewinnmaximierendes Unternehmen diese Leistung ohne Verpflichtung erbringt, zeigt, dass das Unternehmen dadurch zusätzliche Erlöse erzielt, die über den zusätzlichen Kosten liegen. Dementsprechend ist es nicht zulässig, Kosten des Universaldienstes bei der Ermittlung des Ausgangsentgelt-niveaus zu berücksichtigen. Zu Punkt 2: Die Bundesnetzagentur ging bei der Ermittlung des X-Faktors davon aus, dass Produktivitätssteigerungen bei der DPAG in etwa den gesamtwirtschaftlich vergleichbaren Steigerungen der Arbeitsproduktivität entsprechen. Die Monopolkommission hält eine Produktivitätsfortschrittsrate von jährlich 1,8 % für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, für zu gering. Die Zahl der Zustellbezirke ist in den letzten Jahren deutlich gesunken. Die Löhne der neu eingestellten Zusteller liegen über 30 % unter denen derer, die noch einen Bestandsschutz haben. Die technischen Fortschritte bei der maschinellen Lesbarkeit von Handschriften und der damit verbundenen maschinellen Sortierung von Briefen sind enorm, weitere Fortschritte sind durch den Einsatz der RFID-Technologie¹²⁹ zu erwarten. Im Paketbereich werden zunehmend sog. Packstationen errichtet, bei denen Pakete vom Versender selbst abgegeben und vom Empfänger selbst abgeholt werden. Allein im Geschäftsjahr 2008 stieg die Zahl der Packstationen um 500 auf 1.400 Stück.¹³⁰ Derartige Investitionen ermöglichen Kosteneinsparungen bei der DPAG. Solche Beispiele lassen erwarten, dass die DPAG auch zukünftig beträchtliche Kosteneinsparungen realisieren kann. Inwieweit der durch die Bundesnetzagentur festgelegte X-Faktor angemessen ist, kann allerdings schon deshalb nicht endgültig beurteilt werden, weil die Behörde zwar eine Vergleichsmarktuntersuchung und weitere Plausibilitätserwägungen vornimmt, ansonsten aber die Auffassung vertritt, dass dieser Faktor nicht genau berechnet werden könne. Dieselbe Behörde hat für die Einführung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft entsprechende Vorarbeiten bereits geleistet. Es ist dringend erforderlich, dass auch für den Postsektor ein derartiges Verfahren durchgeführt wird.¹³¹

129 RFID (Radio Frequency Identification) ist ein auf Transpondertechnik basierendes Verfahren zur Auszeichnung, Identifikation und Lokalisierung von Gegenständen (und somit auch für Brief- und Paketsendungen).

130 Vgl. Deutsche Post World Net, Geschäftsbericht 2008, S. 47.

131 Zur Vorbereitung der Einführung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft hat die Bundesnetzagentur im Juni 2006 einen umfangreichen Bericht gemäß § 21a EnWG vorgelegt. Sie ist dazu nach § 112a EnWG gesetzlich verpflichtet. Der Bericht wurde „unter Beteiligung der Länder, der Wissenschaft und der betroffenen Wirtschaftskreise“ erstellt und berücksichtigt internationale Erfahrungen mit Anreizregulierungssystemen. Im Zuge dessen hat die Bundesnetzagentur mehrere Konferenzen mit namhaften Wissenschaftlern und Vertretern anderer europäischer Regulierungsbehörden veranstaltet sowie eine Reihe von Gutachten vergeben, deren Ergebnisse in die Ausgestaltung der Regulierungsempfehlung der Bundesnetzagentur eingeflossen sind. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 110. Zum 1. Januar 2009 wurde die Anreizregulierung im Energiesektor endlich eingeführt, sodass insoweit auch bereits praktische Erfahrungen der Bundesnetzagentur bestehen; vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 284 ff.

3.4.3 Sonderproblematik: Individuelle Rabatte und Ex-post-Entgeltkontrolle

3.4.3.1 Einführung in die Problematik

110. Seit dem 1. Januar 2008 unterliegen die Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück nicht mehr der Ex-ante-Regulierung (§ 53 PostG i.V.m. § 19 Abs. 2 PostG). Eine Ex-post-Entgeltkontrolle erfolgt weiterhin durch die Bundesnetzagentur (§ 25 PostG) sowie im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt (§ 2 Abs. 3 PostG i.V.m. §§ 19 ff. GWB). Diese zunächst unscheinbare Regelung betrifft mit den Massensendungen ca. 85 % des Marktes und gerade den Teil, der von den Postdienstleistern am stärksten umkämpft ist. Die DPAG kann nun mit den Großversendern individuelle Preisvereinbarungen treffen, ohne diese vorab der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorlegen zu müssen. Es ist davon auszugehen, dass der marktbeherrschende Anbieter seine größere Flexibilität dazu nutzt – und in noch größerem Maße nutzen wird –, um seine größten Kunden mit individuellen Rabatten auf die Listenpreise zu binden. So gaben im Rahmen einer Umfrage des WIK zur Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, die zwischen Oktober 2008 bis März 2009 durchgeführt wurde, 30,2 % der Unternehmen an, gegenüber der DPAG Rabatte auszuhandeln, ohne dafür die regulären Voraussetzungen hinsichtlich Freimachung, Vorsortierung, Einlieferung im Briefzentrum oder Mindesteinlieferungsmengen erfüllen zu müssen. 6,2 % der Unternehmen, die Preisnachlässe erhalten, gaben an, von der DPAG Werbekostenzuschüsse für ihre Versandaktionen zu erhalten.¹³² Durch die zunehmende Bedeutung solcher Rabattvereinbarungen steht die Bundesnetzagentur vor der Herausforderung, die für den Wettbewerb unproblematischen Preisnachlässe der DPAG von solchen zu unterscheiden, die eine wettbewerbsbehindernde Wirkung haben. Insofern bedarf es nach Ansicht der Monopolkommission der Entwicklung von Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen, der Analyse der Informationserfordernisse und -möglichkeiten der Bundesnetzagentur sowie der rechtlichen Voraussetzungen für eine effektive Ex-post-Entgeltkontrolle.

111. Bevor die Wirkung von Rabatten diskutiert wird, ist zunächst zu klären, welche Grundformen von Rabatten existieren und welche auf Postmärkten relevant sind.¹³³ Eine präzise Unterscheidung ist jedoch immer dann nicht möglich, wenn die Unternehmen die Rabatttypen miteinander kombinieren oder differenzieren. Daher ist auch die folgende Darstellung nicht erschöpfend.¹³⁴ Die wesentlichen Bezugsgrößen für die Gewähr eines Rabatts sind die Einlieferungsmenge, der Umsatz und der Anteil am Gesamtbedarf des Kunden, den dieser über den jeweiligen Anbieter deckt. Grob kann man Mengenrabatte, Umsatz- und Gesamtumsatzrabatte, Treuerabatte, angestoßene und

¹³² Ein Großversender berichtete gegenüber dem WIK von dem Angebot eines Werbekostenzuschusses durch die DPAG; im Gegenzug sollten die Briefumschläge mit dem Logo der DPAG versehen werden. Vgl. WIK-Consult, Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, Studie im Auftrag der Bundesagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bad Honnef, März 2009, S. 57.

¹³³ Dazu ausführlicher Zauner, M., Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 306, Bad Honnef 2008, S. 7-24.

¹³⁴ Zudem sind rabattierte Produkte von solchen abzugrenzen, die wegen eines reduzierten Leistungsspektrums mit Preisnachlass angeboten werden, wie z.B. beim Teilleistungszugang. Hier müssen einige Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette durch den Versender als Vorleistung erbracht werden.

durchgerechnete Rabatte sowie ungebundene und gebundene Rabatte unterscheiden. Mengenrabatte sind Preisnachlässe ab Erreichen einer bestimmten Abnahmemenge. Umsatzrabatte sind Preisnachlässe ab Erreichen einer Umsatzschwelle innerhalb einer vorab definierten Zeitspanne. Eine Variante davon sind Gesamtumsatzrabatte: Hier erhält der Kunde einen Preisnachlass auf der Grundlage seiner Umsätze mit sämtlichen Produkten des jeweiligen Anbieters. Treuerabatte sind Preisnachlässe dafür, dass ein Kunde seinen gesamten Bedarf oder einen hohen Anteil davon über den jeweiligen Anbieter deckt. Ein durchgerechneter Rabatt gilt für das gesamte Volumen, ein angestoßener Rabatt dagegen nur für die Menge jenseits der Rabattschwelle. Werden bestimmten Kunden Preisnachlässe unabhängig von ihren tatsächlichen Käufen gewährt, z.B. in einer bestimmten Region, wo der Wettbewerb besonders intensiv ist, spricht man von ungebundenen Rabatten – im Gegensatz zu gebundenen Rabatten, die an ein bestimmtes Kaufverhalten geknüpft sind. Letztere stellen den Regelfall dar.

112. Rabatte fallen unter das Prinzip der Preisdifferenzierung, engl. „price discrimination“.¹³⁵ Bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung darf der ökonomische Begriff der Preisdifferenzierung nicht mit dem juristischen Begriff der Preisdiskriminierung gleichgesetzt werden. Preisdifferenzierung umfasst die unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände (Preisdiskriminierung im juristischen Sinn) sowie die Gleichbehandlung unterschiedlicher Tatbestände. Letztere wird im deutschen Kartellrecht im Allgemeinen nicht als Diskriminierung angesehen.¹³⁶ Der ökonomische Begriff wird wettbewerbspolitisch neutral verwendet, d.h. Preisdifferenzierungen können positive, neutrale und negative Effekte für den Wettbewerb haben, also den Wettbewerb beleben und die Wohlfahrt steigern oder eine Verdrängung von Wettbewerbern und Wohlfahrtsverluste bewirken. Für ihre Beurteilung ist entscheidend, zwischen jenen Maßnahmen zu unterscheiden, die Ausdruck wirksamen Wettbewerbs sind, und jenen, die den Wettbewerb beeinträchtigen.

113. Zunächst gilt es die ambivalenten Effekte von Preisdifferenzierungen/Rabatten auf den Wettbewerb und die Wohlfahrt zu verstehen. Hilfreich für die wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabatten ist die Klärung der Ziele der Anbieter. Die Segmentierung der Kunden durch die selektive Rabattgewährung erlaubt ihnen, die unterschiedlichen Preiselastizitäten der Nachfrage ihrer Kunden auszunutzen und einen größeren Teil der Konsumentenrente in Produzentenrente umzuwandeln, d.h. ihre Gewinne zu

¹³⁵ Man unterscheidet drei Arten der Preisdifferenzierung: Bei der Preisdifferenzierung ersten Grades setzt der Anbieter für jeden Nachfrager einen individuellen Preis in Höhe seiner maximalen Zahlungsbereitschaft. Er bedient alle Kunden, deren Zahlungsbereitschaft mindestens den Grenzkosten der Herstellung entspricht. Preisdifferenzierung zweiten Grades liegt vor, wenn der Anbieter die individuellen Zahlungsbereitschaften seiner Kunden nicht kennt und deshalb Gruppen bildet, in die sich die Nachfrager nach endogenen Kriterien selbst einordnen, z.B. die Höhe der nachgefragten Menge. Innerhalb der Gruppe zahlt jeder den gleichen Preis. Preisdifferenzierung dritten Grades liegt vor, wenn der Anbieter die Nachfrager nach exogenen Kriterien einzelnen Gruppen zuordnet (Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder Standort = räumliches Unterscheidungskriterium). Alle Arten der Preisdifferenzierung setzen voraus, dass erstens die Nachfrage unterschiedliche Reservationspreise bzw. Preiselastizitäten der Nachfrage aufweisen, zweitens der Anbieter die Nachfrager in mindestens zwei Gruppen unterteilen kann, drittens es keine Arbitragemöglichkeiten zwischen den Gruppen gibt und viertens die Konkurrenzsituation differenzierte Preise zulässt.

¹³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1962, KZR 6/61, „Treuhandbüro“, WuW/E BGH 508, 508 = BGHZ 38, 90, 100 ff.; Bechtold, R., Kartellgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München 2008, § 20 Rz. 51; Emmerich, V., Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, S. 375; Schmidt, I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, S. 133.

steigern. Weitere Ziele bestehen in der Neukundenakquisition, Kundenbindung, Generierung von Marketing-Informationen. Neben den bisher aufgeführten Zielen, die zum normalen Leistungswettbewerb gehören, kann ein Unternehmen Rabatte direkt zur Abwehr von Wettbewerbern einsetzen. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anbieter sehr große und nicht leistungsgerechte Preisnachlässe gewährt, um Wettbewerber gezielt aus dem Markt zu drängen. Es ist davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Wirkung einer Preisdifferenzierung mit steigender Marktmacht des jeweiligen Anbieters zunimmt. Ferner kann ein marktmächtiger Anbieter Rabatte deutlich großzügiger und langfristiger gewähren als ein neuer Anbieter. Die Gewährung von Rabatten wird dadurch begünstigt, dass im Briefbereich hohe sendungsvolumenunabhängige Kosten anfallen, d.h. starke Skalenvorteile bestehen. Preise in Höhe der Grenzkosten wären nicht kostendeckend. Mit Preisen typischerweise über den Grenzkosten besteht für den Anbieter ein großer Spielraum, individuelle Preisnachlässe in Richtung der Grenzkosten anzubieten.

114. Mengen- und Umsatzrabatte fallen unter die Preisdifferenzierung zweiten Grades. Zu den positiven Wirkungen von selektiven Rabatten zählen, dass Nachfrager bedient werden, die das Gut zu einem (höheren) Einheitspreis nicht gekauft hätten. Weil der Mengenrabatt den Durchschnittspreis verringert, entsteht zusätzliche Nachfrage. So steigt die Versorgung des Marktes mit dem Produkt und damit die Konsumentenrente. Ebenfalls profitiert auch das Rabatt gewährende Unternehmen, weil es neben den Kunden, die den regulären Preis zahlen, zusätzliche Kunden gewinnt, die nur einen niedrigeren Preis oberhalb der Grenz- bzw. Inkrementalkosten zu zahlen bereit sind. Nach dem Ramsey-Prinzip zahlen Kunden mit einer geringen Preiselastizität den regulären Preis, während Kunden mit einer hohen Preiselastizität einen Rabatt erhalten. Damit tragen Rabatte zur Fixkostendeckung bei. Zudem kann das Unternehmen seine Kapazitäten optimieren, wenn mit den Kunden die abzunehmende Menge vorab vertraglich festsetzt wird. Insgesamt bewirkt die Einführung von Rabatten ausgehend von einem Preis über den Grenz- bzw. Inkrementalkosten, der in Netzindustrien zur Deckung der Totalkosten notwendig ist, eine Steigerung der Produzenten- und Konsumentenrente und führt durch die Minimierung des „Deadweight loss“ zu einem höheren Wohlfahrtsniveau im Vergleich zur Situation ohne eine Preisdifferenzierung.

115. Daneben müssen aber auch negative Effekte berücksichtigt werden, die sich bei einer wettbewerbspolitischen Betrachtung zeigen. Rabatte können den Wettbewerb auf drei Ebenen beeinträchtigen, nämlich auf dem Markt des Rabatt gewährenden Unternehmens, auf dem nachgelagerten Markt des bevorzugten bzw. benachteiligten Unternehmens sowie auf Drittmärkten. Bei der Beurteilung der Auswirkungen von Rabatten sind zwei Kriterien von Bedeutung: der Effekt, den der Rabatt auf die Konkurrenten des differenzierenden Unternehmens und des bevorzugten Unternehmens hat (Individualschutz), und der Effekt auf den Wettbewerb an sich (Institutionenschutz).¹³⁷ Gewährt ein marktbeherrschender Anbieter einen nicht kostenorientierten Mengenrabatt, wird dadurch der Wettbewerb auf dem Markt beeinträchtigt, auf dem dieser Anbieter tätig ist. Die Wettbewerber müssen ihre Produkte – gleiche Qualität vorausgesetzt – zum gleichen Preis oder billiger anbieten. Dies bereitet den kleineren Anbietern in Netzindustrien in der Regel Probleme, weil sie weniger Skalen- und Verbundvorteile realisieren können. Die Rabattpolitik des marktbeherrschenden Anbieters kann also dazu füh-

¹³⁷Vgl. Schmidt, I., a.a.O., S. 133 f.

ren, dass Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden. Wettbewerbsverzerrungen können auch auf nachgelagerten Märkten entstehen. Ein großer Nachfrager, der diesen Rabatt erhalten hat, erhält einen nicht leistungsbedingten Vorteil gegenüber seinen kleineren Konkurrenten. Mittel- bis langfristig drohen auch hier Konzentrationstendenzen.

116. Rabatte können diskriminierend wirken, wenn sie selektiv, d.h. nur bestimmten Unternehmen gewährt werden. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Bedingungen nur von ausgewählten Unternehmen erfüllt werden können, z.B. die Schwelle für einen Mengenrabatt so gesetzt wird, dass nur bestimmte Großkunden profitieren und die Schwellensetzung überwiegend nach strategischen Gesichtspunkten, unabhängig von Kostenkriterien, erfolgt ist. Solche selektiven Rabatte werden vor allem dann gewährt, wenn der Anbieter mit dem Großkunden z.B. über ein Tochterunternehmen verbunden ist und ihn in dessen Absatzmarkt zu stärken beabsichtigt.¹³⁸

117. Ein anderer wettbewerbspolitisch kritischer Effekt ist die Sogwirkung, die Mengen- und Umsatzrabatte auslösen können. Gewährt ein marktbeherrschender Anbieter ab einer bestimmten Schwelle (Menge/Umsatz) einen Rabatt, der rückwirkend für die gesamte Menge gilt (durchgerechneter Rabatt), haben Nachfrager den Anreiz, gegen Ende der Abrechnungsperiode ihre verbleibende Nachfrage ausschließlich über diesen Anbieter zu decken oder sogar mehr als benötigt abzunehmen, um die Rabattschwelle zu erreichen, selbst wenn Wettbewerber günstigere Preise zu regulären Konditionen anbieten. Der Grund ist der negative Grenzpreis beim Überschreiten der Rabattschwelle. Ein Wettbewerber müsste seine Kunden für den Erhalt des Beförderungsauftrags bezahlen, um ein vergleichbares Angebot zu machen. Je höher der prozentuale Preisnachlass auf den Gesamtpreis und je höher die Rabattschwelle, desto stärker ist die Sogwirkung unterhalb der Schwelle und infolgedessen auch die wahrscheinliche Marktverschließung für tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber. Ein ähnlicher Effekt wirkt bei Gesamtumsatzrabatten. Solche Rabatte basieren nicht auf mengenbezogenen Kosteneinsparungen. Mehrproduktunternehmen bezwecken damit, dass ihre Kunden ihre Nachfrage bei ihnen bündeln, um die Rabattschwelle zu erreichen, und dafür gegebenenfalls sogar solche Produkte abnehmen, die von anderen Anbietern zu niedrigeren Preisen erhältlich sind. Diese Sogwirkung basiert auf dem Treueeffekt, den diese Rabattform induziert. Ist der Anbieter marktbeherrschend, wird der Marktzutritt für die Wettbewerber durch den Rabatt noch weiter erschwert.

118. Daneben gibt es spezielle Treuerabatte, die am spezifischen Bedarf der Kunden ausgerichtet sind und gewährt werden, wenn diese einen hohen Teil oder den gesamten Bedarf über den Anbieter decken.¹³⁹ Treuerabatte sind in der Regel als durchgerechnete Rabatte gestaltet. Darin verbirgt sich großes wettbewerbsbeschränkendes Potenzial. Wenn der Rabatt am spezifischen Bedarf der Kunden ausgerichtet ist, erhält ein Abnehmer, der mit einer bestimmten Menge seinen gesamten Bedarf deckt, einen Preisnachlass, während ein anderer Abnehmer, der mit der absolut gleichen Menge seinen Bedarf nicht deckt, den regulären Preis zahlt. Die Diskriminierung zwischen den Abnehmern lässt sich auf der Angebotsseite nicht durch Kosteneinsparungen begründen. Transaktionsbezogene Kostenvorteile dürften in der Regel eher durch allgemeine als durch unternehmensspezifische Zielmengen zu erreichen sein. Ein Treueeffekt geht auch von ge-

¹³⁸ Vgl. ebenda, S. 134.

¹³⁹ Dabei handelt es sich genau genommen um einen gebundenen Rabatt, weil der Nachfrager für die Rabattgewährung eine Bedingung erfüllen muss, nämlich seinem Anbieter „treu“ zu sein.

bundenen Rabatten aus. Diese liegen z.B. dann vor, wenn der Nachfrager einen Preisnachlass erhält, weil er mehrere Produkte bei dem Anbieter bezieht, und er diesen Vorteil für alle übrigen Produkte verliert, sobald er ein einziges Produkt woanders bezieht. Um den Nachfrager für den Anbieterwechsel hinreichend zu kompensieren, müssten Wettbewerber für das gleiche Güterbündel mindestens den gleichen Rabatt gewähren.¹⁴⁰

119. Besonders problematisch sind die beschriebenen Rabatte, wenn sie aus einem Bereich gegenfinanziert werden, in dem der Anbieter ein Monopol oder eine monopolähnliche Stellung hat. Wettbewerber, deren Preise zwischen dem kostenbasierten und dem quersubventionierten Preis dieses Anbieters liegen, müssen aus dem Markt ausscheiden, auch wenn sie das betreffende Produkt effizienter herstellen. So kann der Anbieter seine Marktmacht über die Rabatte in einen stärker wettbewerblich geprägten Bereich übertragen. Mögliche Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Anbieters können dann dadurch überkompensiert werden, dass er keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und somit keinen Anreiz zu effizienter Produktion hat.

120. Insgesamt ist festzuhalten, dass Rabatte aus wettbewerbspolitischer Sicht negative Effekte haben können, insbesondere dann, wenn der Rabatt gewährende Anbieter marktbeherrschend ist. Für die wettbewerbsökonomische Betrachtung ist entscheidend, ob ein Rabatt in erster Linie dazu dient, den Wettbewerb einzuschränken, vor allem bei dynamischer Betrachtung, da durch eine Verdrängung von Wettbewerbern zukünftige Wohlfahrtsgewinne durch Innovationen und niedrigere Preise verhindert werden. Demgegenüber stehen die statischen Vorteile von Rabatten im Sinne einer wohlfahrtsökonomisch vorteilhaften Preisdifferenzierung. Die Abwägung der Vor- und Nachteile ist für Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden ein schwieriges Unterfangen.

3.4.3.2 Allgemeines Wettbewerbsrecht

121. Zur rechtlichen Beurteilung von Rabatten sind die Vorgaben des allgemeinen europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts sowie die spezifischen postrechtlichen Vorschriften zu beachten. Das europäische Recht beinhaltet zwar kein grundsätzliches Diskriminierungsverbot, allerdings unterliegen marktbeherrschende Unternehmen besonderen Regeln. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) verbietet das missbräuchliche Ausnutzen einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Nach Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) besteht ein Missbrauch insbesondere in der Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen sowie in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Diskriminierungsverbot). Damit sind wettbewerbsbehindernde Rabatte verboten. Rabatte, die auf einem Rationalisierungsvorteil großer Absatzmengen basieren, werden in der EU-Kartellrechtspraxis im Fall marktbeherrschender Anbieter nicht per se als missbräuchlich eingestuft. Dagegen bewertet die EU-Kommission Bedingungen wie die Zusammenfassung der Menge über mehrere Transaktionen oder Produktkategorien als missbräuch-

¹⁴⁰Zusätzliche Loyalität wird sicherlich auch dadurch geschaffen, dass Unternehmen es – bei sonst gleichen Bedingungen – vorziehen, alle relevanten Einkäufe bei einem Unternehmen zu tätigen, alleine wegen des gemeinsamen Ansprechpartners und einer größeren Verhandlungsmacht auch bei den nicht preislichen Konditionen.

lich. Entscheidend für die Beurteilung ist der Treueeffekt des Rabatts. Dieser verzerrt die Entscheidung der Nachfrager zwischen den Anbietern und behindert andere Anbieter beim Markteintritt.¹⁴¹ Nach EU-Kartellrechtspraxis beruht die missbräuchliche Wirkung von Treuerabatten darauf, dass der Preisnachlass keine ökonomische Grundlage habe, abgesehen von der Absicherung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, siehe dazu die Urteile des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen Michelin¹⁴² und British Airways.¹⁴³ Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall Hoffmann-La Roche weist ferner auf die Diskriminierung der Abnehmer hin.¹⁴⁴

122. Auch das deutsche Wettbewerbsrecht beinhaltet kein allgemeines Diskriminierungsverbot. § 1 GWB verbietet wie Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV) die kollektive Diskriminierung, also Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von zwei oder mehreren Unternehmen zur Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichen Leistungen gegenüber Handelspartnern. Die autonome Diskriminierung durch ein Unternehmen ist grundsätzlich nur verboten, wenn es marktbeherrschend ist. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB verbietet die Behinderung von Wettbewerbern ohne sachlich gerechtfertigten Grund und § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB, für vergleichbare Leistungen differenzierte Entgelte zu verlangen. § 20 GWB beinhaltet das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot: „Marktbeherrschende Unternehmen [...] dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.“ Gleiche Preise bei unterschiedlichen Kosten wertet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dagegen nicht als Diskriminierung. Auch aus der deutschen Rechtsprechung folgt kein grundsätzliches Verbot von Rabatten für marktbeherrschende Anbieter. So befand das Oberlandesgericht Düsseldorf, dass eine marktbeherrschende Fluggesellschaft „mit dem Großkundenabonnement einen zulässigen Mengenrabatt gewähren und damit ein unbedenkliches Mittel des Leistungswettbewerbs einsetzen“ könne.¹⁴⁵ Dagegen werden vor allem solche Rabatte als missbräuchlich eingestuft, von denen eine Bindungswirkung ausgeht und denen keine wirtschaftliche Leistung des Nachfragers gegenübersteht, wie z.B. Treuerabatte, die am Bedarf des Kunden orientiert sind und einen Marktverschließungseffekt haben. Ebenso werden Gesamtumsatzrabatte beanstandet, die Umsätze auf Märkten mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität verbinden und so die Übertragung der Marktbeherrschung erlauben.¹⁴⁶

141 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. Juni 2001, COMP/E-2/36.041/PO – Michelin, ABl. EG Nr. L 143 vom 31. Mai 2002, S. 1, hier: Rn. 226 ff. In diesem Fall knüpfte Michelin einen Mengenrabatt für Händler rückwirkend an die Abnahmemenge eines Jahres. Dies galt für alle Reifenkategorien zusammen.

142 Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, hier: 3508, Rn. 48.

143 Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P, Rn. 44.

144 Vgl. EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 105. Siehe dazu auch die Ausführungen im vorherigen Abschnitt: Bei gleicher absoluter Abnahmemenge, aber ungleichem Bedarf, müssten die Angebotspreise identisch sein, da für ein und dieselbe absolute Menge auch identische Kosten der Leistungsbereitstellung gelten müssen.

145 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 1990, U (Kart.) 10/89, WuW/E OLG 4601 „Interlining“, hier: 4609. Die später festgestellte Unzulässigkeit basiert auf der wettbewerbswidrigen Bindungswirkung des Bonussystems.

146 Vgl. z.B. KG, Urteil vom 12. November 1980, Kart 32/79, WuW/E OLG 2403 „Fertigfutter“, Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., 2007, § 20 Rn. 181; Mo-

3.4.3.3 Urteils- und Anwendungspraxis

123. Die Möglichkeiten eines Postdienstleisters zur Gestaltung seiner Entgelte werden durch die Vorgaben des europäischen Postrechts eingeschränkt. Maßgeblich hierfür ist die Richtlinie 97/67/EG, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/6/EG. Nach Art. 12 der Richtlinie müssen die Entgelte für Universaldienstleistungen kostenorientiert, transparent und nicht diskriminierend sein. Bei Sondervereinbarungen über Sendungen im Rahmen des Universaldienstkatalogs (z.B. für Großversender) müssen sowohl die Tarife als auch die Bedingungen transparent und nicht diskriminierend sein. Eine Abschwächung der Transparenz- und Diskriminierungsregeln besteht gleichwohl darin, dass überhaupt individuelle Preisabsprachen getroffen werden dürfen.

124. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die meisten Rabattvereinbarungen zwischen den marktbeherrschenden Anbietern und ihren Kunden auf individuellen Verträgen basieren, die nicht öffentlich gemacht und somit gar nicht Gegenstand eines Gerichtsverfahrens werden. Tabelle 3.6 führt die aus der Literatur bekannten Fälle auf.¹⁴⁷ Aus den aufgeführten Wettbewerbs- und Regulierungsfällen lassen sich zum Teil einheitliche Kriterien ableiten, diese sind allerdings häufig sehr abstrakt und können unterschiedlich interpretiert werden, wie z.B. in der Frage der Kostenorientierung eines Rabatts. Die Wettbewerbs- bzw. Regulierungsbehörden definierten in den aufgeführten Fällen die Grenzkosten als Untergrenze, die nicht unterschritten werden darf. Der Oberste Gerichtshof Wien setzte im Fall ÖPAG gegen Redmail die Grenzkosten als Untergrenze an.¹⁴⁸ Die EU-Kommission stufte im Fall der Paketrabatte der DPAG Preise unterhalb der leistungsspezifischen Zusatzkosten (Inkrementalkosten) als wettbewerbsbehindernd ein.¹⁴⁹ Dagegen wurde im Fall Posten AB¹⁵⁰ mit geografisch differenzierten Preisen für Massensendungen der Maßstab der Alleinerstellungskosten (Stand-alone-costs) verwendet.¹⁵¹ Alle drei Ansätze sind letztlich konform mit der Literatur. Hier gilt die Bandbreite zwischen den Grenz- bzw. Inkrementalkosten und den Stand-alone-costs als der Spielraum, der keine wettbewerbsbehindernden Effekte erwarten lässt, solange der Rabatt nicht strategisch zur Verdrängung eingesetzt wird.¹⁵²

nopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden, 1977, Tz. 228; Lange, K.W., Die kartellrechtliche Kontrolle der Gewährung von Rabatten, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 52, 2002, S. 220-229.

147 Eine ausführlichere Darstellung dieser Fälle einschließlich einer Analyse nach Rabattform, Inhalt und Verlauf der Klage und den zugrunde gelegten Beurteilungskriterien der Wettbewerbs- bzw. Regulierungsbehörden gibt Zauner, M., a.a.O., S. 25-43.

148 Vgl. OGH Wien, Beschluss vom 27. Februar 2006, 16Ok46/05, S. 8.

149 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. März 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, ABl. EG Nr. L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27.

150 Am 24. Juni 2009 fusionierte die schwedische Posten AB mit der Post Danmark A/S zur Posten Norden AB.

151 Andersson, P., A Former Monopolist's Right to Compete with Price, shaping the institutional framework for the Swedish postal market, Paper for the conference "Competition and Universal Service in the Postal Sector", Toulouse, 26.-27.03.1999 sowie Andersson, P., The Liberalisation of Postal Services in Sweden. Goals, results and lessons for other countries, Linköping 2006.

152 Preise zwischen den inkrementellen Durchschnittskosten und den Stand-alone-costs deuten auf eine subventionsfreie Preisstruktur in Mehrproduktunternehmen hin; vgl. Niederprüm, A., Quersubventionierung und Wettbewerb im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 225, Bad Honnef 2002, S. 16.

Tabelle 3.6:

Urteils- und Regulierungspraxis zu Rabatten im Postmarkt

Bundesnetzagentur vs. DPAG – Infopost Schwer: Treuerabatt gegenüber Quelle und Neckermann, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ¹
EU-Kommission vs. DPAG: Treuerabatt gegenüber Paketversendern, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ²
EU-Kommission vs. De Post (Belgien): Bedingter Mengenrabatt gegenüber dem Versicherungsverband UPEA, Bindung der Rabattgewährung an eine absolute Mindestsendungsmenge ³
Redmail vs. Österreichische Post: Treuerabatt im Bereich Postzeitungsversand, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ⁴
Conseil de la concurrence vs. La Poste (Frankreich): Treuerabatt in Form eines Gesamtumsatzrabatts für reservierte und nicht reservierte Sendungsarten im Versandhandel ⁵
Postcomm vs. Royal Mail (Großbritannien): Geografisch differenzierte Rabatte für Massensendungen ⁶
Schwedische Wettbewerbsbehörde vs. Posten AB: Geografisch differenzierte Rabatte für Massensendungen ⁷
EU-Kommission/Conseil de la concurrence vs. La Poste (Frankreich): Selektiver Mengenrabatt gegenüber Konsolidierern ⁸

1 Vgl. BNetzA, Beschluss vom 16. August 2000, BK 5d-99/014/1; <http://www.bundesnetzagentur.de/export/549.html>

2 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. März 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, ABl. EG Nr. L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27.

3 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 2001, COMP/37.859 – De Post – La Poste, ABl. EG Nr. L 61 vom 2. März 2002, S. 32.

4 Vgl. OGH Wien, Beschluss in der Sache 16Ok46/05, 27. Februar 2006.

5 Vgl. Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial, Paris.

6 Vgl. Postcomm, Royal Mail's Retail Zonal Pricing Application. Postcomm's Proposals, August 2007, London.

7 Vgl. Andersson, P., A Former Monopolist's Right to Compete with Price, shaping the institutional framework for the Swedish postal market, Paper for the conference "Competition and Universal Service in the Postal Sector", Toulouse, 26.-27.03.1999 sowie Andersson, P., The Liberalisation of Postal Services in Sweden. Goals, results and lessons for other countries, Linköping 2006.

8 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Oktober 2001 über das Fehlen einer umfassenden und unabhängigen Kontrolle der tariflichen und technischen Bedingungen, unter denen La Poste Postvorbereitern, mit denen sie im Vorfeld des reservierten Bereichs im Wettbewerb steht, Zugang zu den reservierten Diensten gewährt, ABl. EG Nr. L 120 vom 7. Mai 2002, S. 19 und Conseil de la concurrence, The Conseil de la concurrence fines the La Poste group for having practiced discriminatory prices in favour of certain mail senders and its subsidiary Datapost, Pressemitteilung vom 17. November 2005.

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Zauner, M., Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 306, Bad Honnef 2008, S. 25-43.

125. Bezüglich der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Treuerabatten herrscht in den aufgeführten Fällen weitgehende Einigkeit unter den damit befassten Behörden. Sie bewerten Treuerabatte marktbeherrschender Unternehmen als per se wettbewerbsbehindernd und untersagen diese, ohne noch die Kostenstrukturen im Detail zu untersuchen. Dies gilt vor allem dann, wenn der Rabatt daran geknüpft ist, dass der Nachfrager seinen gesamten Bedarf oder einen hohen Prozentsatz über den marktbeherrschenden Anbieter decken muss. Dann können die Wettbewerber nur schwer Nachfrage an sich ziehen, weil jede Nachfragesteigerung durch die Bindung des Rabatts am Bedarf des Kun-

den über den marktbeherrschenden Anbieter gedeckt wird. Diese Auffassung vertrat auch die Bundesnetzagentur im Verfahren gegen die DPAG hinsichtlich der Rabatte beim Infopost-Versand sowie die EU-Kommission im Verfahren gegen die DPAG hinsichtlich der Preisnachlässe im Bereich Paketversand. Ebenso werden Rabatte marktbeherrschender Anbieter als missbräuchlich eingestuft, wenn sie an eine Zielvorgabe gebunden sind, z.B. der Anbieter den Rabatt daran knüpft, dass der Nachfrager in einem bestimmten Zeitraum mindestens ebenso viele Sendungen über den Anbieter verschickt wie in der Vorperiode. Diese Bedingung wurde vom Obersten Gerichtshof Wien im Verfahren Redmail gegen die ÖPAG als Treuerabatt im Zusammenhang mit dem Postzeitungsversand gewertet. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die französische Wettbewerbsbehörde bei der Untersuchung der Versandhandelsrabatte von La Poste. Das Unternehmen hatte die Rabatthöhe an die Umsatzentwicklung gebunden. So hatten Versender den Anreiz, ihr gesamtes Sendungsaufkommen über La Poste abzuwickeln, um möglichst hohe Wachstumsraten geltend machen zu können.

126. Bei ihren Entscheidungen standen den Behörden drei Urteile aus der europäischen Rechtsprechung als Leitlinien zur Verfügung. Der Europäische Gerichtshof stellte im Fall Hoffmann-La Roche grundsätzlich fest, dass Treuerabatte, die am Gesamtbedarf des Kunden orientiert sind und eine Ausschließlichkeitsbindung beinhalten, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.¹⁵³ Zudem beurteilte der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren gegen Michelin die Händlern gewährten Jahresumsatzrabatte als missbräuchlich.¹⁵⁴ Die Rabatte bezogen sich rückwirkend auf den Wert der Bestellungen, die ein Händler bei Michelin getätigt hatte. Die Umsätze wurden erst ein Jahr nach den ersten Bestellungen wirksam, sodass die Händler erst bei den letzten Bestellungen erkennen konnten, wie hoch der Rabatt und damit der Nettopreis der Reifen tatsächlich war. Sie hatten insofern den Anreiz, ihre Reifen ausschließlich von Michelin zu beziehen.¹⁵⁵ Zu einer ähnlichen Beurteilung kam der Europäische Gerichtshof im Fall British Airways (BA). Die Fluggesellschaft hatte mit bestimmten, in Großbritannien niedergelassenen Reisevermittlern Prämienregelungen und andere Vorteile vereinbart, deren Höhe von der individuellen Umsatzentwicklung mit BA-Flugscheinen abhängig war und die rückwirkend für den gesamten in einem bestimmten Zeitraum erzielten Umsatz gewährt wurden. Die EU-Kommission hatte wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung eine Geldbuße in Höhe von 6,8 Mio. EUR gegen British Airways verhängt.¹⁵⁶ Gegen diese Entscheidung klagte das Unternehmen vor dem Gericht erster Instanz. Das Gericht bestätigte die Entscheidung der EU-Kommission, weil die Rabatte den Zugang von Wettbewerbern auf Verbindungen von und nach Großbritannien begrenzt hätten und in wirtschaftlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt gewesen seien.¹⁵⁷ Dagegen legte British Airways Rechtsmittel ein. Der Europäische Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz mit den zugrunde liegenden recht-

153 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rn. 89.

154 Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, Rs. 322/81, Michelin, Rn. 84 f.

155 Intensiviert wurde der Treueeffekt dadurch, dass die Händler in Erwartung eines Rabatts die Reifen teilweise unter ihrem Einstandspreis verkauften. Das Defizit konnten sie nur ausgleichen, indem sie sich durch ihre Umsätze für den Rabatt qualifizierten – was den Druck, exklusiv bei Michelin zu beschaffen, noch erhöhte.

156 Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Juli 1999 (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways), ABl. EG Nr. L 30 vom 4. Februar 2000, S. 1.

157 Vgl. EuG, Urteil vom 17. Dezember 2003, Rs. T-219/99, Slg. 2003, II-5917, British Airways/Kommission.

lichen Erwägungen.¹⁵⁸ Insgesamt gesehen ist also bei der Beurteilung von Treuerabatten in der europäischen Rechtsprechung neben der Kostenorientierung der Nettoentgelte insbesondere die Behinderungswirkung von Rabatten entscheidend.

127. Eine weitere Gemeinsamkeit in der Entscheidungspraxis ist das Verbot der Markt-machtübertragung in wettbewerbliche Bereiche. Diese erfolgt in der Regel durch gebundene Rabatte, d.h. es wird ein Preisnachlass auf die Gesamtumsätze von zwei oder mehreren Produkten angeboten und für eines dieser Produkte weist der Anbieter eine marktbeherrschende Stellung auf. So kann ein marktbeherrschender Anbieter durch einen Rabatt den „nicht bestreitbaren“ Teil der Nachfrage jedes Abnehmers (die Menge, die der Abnehmer ohnehin über den marktbeherrschenden Anbieter beziehen muss) als Hebel einsetzen, um den Preis für den „bestreitbaren“ Teil der Nachfrage (die Menge, die der Abnehmer eventuell bei Wettbewerbern kaufen würde) zu senken. Die Abnehmer können sich in diesem Fall besser stellen, wenn sie die Produkte gebündelt beim Marktbeherrscher beschaffen und nicht einen Teil der Produkte über Wettbewerber beziehen – selbst wenn diese ihre Produkte unter Umständen günstiger anbieten. Einen solchen Fall bewertete der französische Conseil de la concurrence im Verfahren gegen La Poste als Verstoß gegen Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV). Der Rabatt auf der Grundlage sämtlicher Umsätze aus dem reservierten und nicht reservierten Bereich führte dazu, dass La Poste ihre Monopolstellung im Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz auf die wettbewerblichen Bereiche ausdehnen konnte. Eine ganz ähnliche Haltung nahm die EU-Kommission im Verfahren gegen De Post ein. Das Unternehmen hatte einen Mengenrabatt im reservierten Bereich (B2C) an die Bedingung geknüpft, dass auch Sendungen im nicht reservierten Bereich (B2B) zukünftig von De Post durchgeführt werden. Diese Bedingung zielte darauf ab, den bisherigen Anbieter für den Versicherungsverband UPEA im nicht reservierten B2B-Bereich aus dem Markt zu drängen, so die EU-Kommission.¹⁵⁹

128. Weitere Hinweise auf die Maßstäbe der EU-Kommission bei der Beurteilung von individuellen Rabattvereinbarungen unter Beteiligung marktbeherrschender Unternehmen enthält die Mitteilung vom 9. Februar 2009 zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.¹⁶⁰ Demnach greift die EU-Kommission ein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen andere, genauso effiziente Anbieter durch seine Preispolitik daran hindert, am Wettbewerb teilzunehmen, um eine wettbewerbswidrige Marktverschließung zu verhindern. Um zu klären, ob ein (hypothetischer) ebenso effizienter Wettbewerber durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte, prüft die EU-Kommission, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise setzt. Als Bezugspunkte legt die Kommission in der Regel die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable costs – AAC) und die langfristigen durchschnittlichen Inkrementalkosten (long-run average incremental costs – LRAIC) zugrunde. Die AAC sind das Mittel der Kosten, die vermieden werden können, wenn eine bestimmte Menge an zusätzlichem Output nicht produ-

¹⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P, British Airways/Kommission.

¹⁵⁹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 2001, COMP/37.859 – De Post – La Poste, , ABl. EG Nr. L 61 vom 2. März 2002, S. 32.

¹⁶⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K(2009) 864 endgültig vom 9. Februar 2009.

ziert wird. Weil häufig nur die variablen Kosten vermieden werden können, stimmen die durchschnittlichen variablen Kosten (average variable costs – AVC) oft mit den AAC überein. Bei den LRAIC handelt es sich um das Mittel sämtlicher variablen und fixen Kosten, die bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. Die LRAIC liegen in der Regel über den AAC: Während die LRAIC auch produktspezifische fixe Kosten beinhalten, die vor der Zeit, in der das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten stattfand, angefallen sind, beinhalten die AAC fixe Kosten nur dann, wenn sie im jeweils untersuchten Zeitraum angefallen sind. Im Fall von Einproduktunternehmen sind die LRAIC und die durchschnittlichen Gesamtkosten (average total costs – ATC) identisch. Im Fall von Mehrproduktunternehmen, die Verbundvorteile nutzen können, liegen für jedes einzelne Produkt die LRAIC unter den ATC, weil Gemeinkosten nicht in den LRAIC berücksichtigt werden.

129. Wenn ein marktbeherrschender Anbieter seine AAC nicht deckt, wertet dies die EU-Kommission als Hinweis darauf, dass er zumindest kurzfristig Verluste bewusst hinnimmt und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber die betreffenden Kunden auch nur unter Inkaufnahme von Verlusten bedienen kann. Wenn der effektive Preis zwischen den AAC und den LRAIC liegt, d.h. der marktbeherrschende Anbieter nicht alle (zurechenbaren) fixen Kosten für die Leistungsbereitstellung deckt, prüft die EU-Kommission, ob andere Faktoren dafür sprechen, dass Wettbewerber am Markteintritt bzw. an der Expansion gehindert werden könnten. Zeigt die Analyse, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Anbieter konkurrieren kann, schließt die EU-Kommission daraus in der Regel, dass der marktbeherrschende Anbieter den Wettbewerb nicht behindert, und wird nicht tätig werden. Deuten die Daten dagegen darauf hin, dass der vom marktbeherrschenden Anbieter verlangte Preis eine marktverschließende Wirkung haben könnte, führt die EU-Kommission eine tiefer gehende Prüfung durch und berücksichtigt dabei andere relevante, quantitative und/oder qualitative Faktoren.¹⁶¹ Die EU-Kommission geht davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit, dass Rabatte eine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirken, zunimmt, wenn die Wettbewerber nicht zu gleichen Bedingungen um die gesamte Nachfrage der einzelnen Abnehmer konkurrieren können. Hinsichtlich der Beurteilung der Treuwirkung rückwirkend gewährter Rabatte kommt es nach Ansicht der EU-Kommission nicht nur auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb um die Lieferung der sog. „letzten Einheit“ an, sondern grundsätzlich auch auf die marktverschließende Wirkung des Rabattsystems für bereits vorhandene oder potenzielle Wettbewerber. Hierbei prüft die EU-Kommission, ob und inwieweit die Wettbewerber über realistische und wirksame Gegenstrategien verfügen. Stehen den Wettbewerbern keine derartigen Gegenstrategien zur Verfügung, vertritt die EU-Kommission die Auffassung, dass das Rabattsystem ebenso effiziente Wettbewerber¹⁶² ausschließen kann. Sie hält es außerdem für wichtig zu prüfen, ob das Rabattsystem allgemeine oder unternehmensspezifische Schwellen vorsieht. Eine allgemeine Mengenschwelle hingegen, die für alle Abnehmer bzw. für eine Gruppe von Abnehmern gleich ist, kann für einige kleinere Abnehmer zu hoch bzw. für größere Abnehmer zu niedrig sein, um eine Treuwirkung zu entfalten. Ist aber nachweisbar, dass eine allgemeine Mengenschwelle dem Bedarf eines nennenswerten Anteils der Abneh-

¹⁶¹ Vgl. ebenda, Rn. 23-27.

¹⁶² Unklar bleibt nach Rn. 24 dieser Mitteilung der EU-Kommission, inwieweit auch (noch) nicht ebenso effiziente Wettbewerber der DPAG geschützt sein sollen. Dies ist im Postsektor von besonderer Bedeutung, weil der marktbeherrschende Anbieter durch sein größeres Beförderungsvolumen starke Skalen- und Verbundvorteile gegenüber seinen kleineren Wettbewerbern realisieren kann.

mer entspricht, dürfte die EU-Kommission zu dem Ergebnis gelangen, dass ein solches Rabattsystem eine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirken kann.¹⁶³

Nachdem die in der Praxis üblichen und die von der EU-Kommission für entscheidend gehaltenen Kriterien zur Beurteilung von Rabatten identifiziert wurden, werden diese im folgenden Abschnitt auf tatsächliche bzw. zukünftig mögliche Rabattregelungen angewendet.

3.4.3.4 Anwendung der Kriterien auf den Briefmarkt

130. Aktuell bietet die DPAG Versendern über den „Vertrag zur Kooperation bei Infopostversand“ für die Sendungsart Infopostsendungen Entgeltermäßigungen zwischen 0,5 und 10,5 % an, wenn der Versender mindestens 100.000 Sendungen je Einlieferung und mindestens 1 Mio. Sendungen je Quartal übergibt. Der Rabatt steigt, je größer die Sendungsmenge je Einlieferung und das Sendungsvolumen innerhalb eines Quartals sind. Der Rabatt gilt rückwirkend, wobei der Kunde vorab sein geplantes Volumen und die Termine seiner Versandaktionen bekanntgeben muss. Bei der Beurteilung dieses Rabatts sind die wettbewerbspolitisch unbedenklichen von den behindernden Komponenten zu differenzieren. Die Mengenkomponekte ist zweifach vorhanden, nämlich in der „Menge pro Aktion“ und der „Menge pro Quartal“. Hierbei muss die Bundesnetzagentur ex post überprüfen, ob die hohe Sendungsmenge – jeweils pro Einlieferung und Quartal – zur einer dem Rabatt entsprechenden Einsparung in der Produktion geführt hat. Höhere Volumina führen zu Durchschnittskosteneinsparungen vor allem in der Einsammlung und Zustellung. Wenn der Rabatt die Kosteneinsparungen nicht übersteigt, ist er wettbewerbspolitisch unbedenklich. Dagegen induziert die Preiskomponekte einen Treueeffekt und kann wettbewerbsbeschränkend wirken. Weil der Rabatt rückwirkend auf die gesamte Einlieferungsmenge angeboten wird, hat der Kunde zum Ende des Quartals den Anreiz, seine übrigen Sendungen ausschließlich mit der DPAG einzuliefern, um die Rabattschwelle zu erreichen. Durch die vorhandene Staffelung der Rabatthöhe über verschiedene Mengen pro Quartal entsteht außerdem eine Sogwirkung, weitere Sendungen einzuliefern.

131. Seit dem Wegfall der Ex-ante-Regulierung für Sendungen mit einer Einlieferungsmenge von mehr als 50 Stück ist die DPAG flexibel in der Gestaltung ihrer Preis- und Rabattsysteme. Ein Mittel, die Kundenbindung zu stärken, würde darin bestehen, die quartalsbezogene Mindestmenge für den Rabatt zu erhöhen oder die Zeitspanne auszuweiten, in der eine entsprechend höhere Sendungsmenge eingeliefert werden muss, z.B. auf ein ganzes Jahr. Mit einer solchen Ausdehnung könnte die DPAG verhindern, dass Großversender in Spitzenzeiten ihre Zusatznachfrage über die Wettbewerber decken, weil unter der neuen Rabattregelung nun auch das Zusatzvolumen notwendig ist, um die gewohnte Rabattstufe zu erreichen. Die Schwierigkeit für die Bundesnetzagentur besteht nun darin, zwischen der wettbewerbspolitisch unkritischen Weitergabe von Skalenvorteilen und wettbewerbsbehindernden, strategisch eingesetzten Treue- und Sogeffekten abzugrenzen, d.h. darin, ab welcher Mindesteinlieferungsmenge und ab welchem Bezugszeitraum ein Rabatt wettbewerbsbehindernd wirkt.¹⁶⁴

¹⁶³ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K(2009) 864 endgültig vom 9. Februar 2009, Rn. 37-46.

¹⁶⁴ Ein kürzerer Bezugszeitraum beinhaltet eine hohe Wettbewerbsneutralität, gleichzeitig ist der mög-

132. Neben Rabatten auf Mengen- bzw. Mengen/Zeit-Basis besteht für die etablierten Anbieter die Möglichkeit, geografisch differenzierte Preise zu setzen, um gezielt auf Markteintritte von Wettbewerbern zu reagieren. Diese konzentrieren sich in der Regel zunächst auf die dicht besiedelten Regionen. So hat die Schwedische Post für Sendungen in den Ballungsgebieten, in denen der Anbieter CityMail aktiv wurde, die Entgelte reduziert und zum Ausgleich die Entgelte für Sendungen in ländliche Gebiete erhöht. Die gleiche Preisstrategie verfolgte die Poste Italiane nach dem Markteintritt von TNT in dicht besiedelte Regionen. Die britische Royal Mail hatte die Einführung geografisch differenzierter Preise für Massensendungen geplant, allerdings lehnte die Regulierungsbehörde Postcomm die Einführung vor allem wegen mangelhafter Kostenorientierung ab. Die DPAG wendet mit einem Ballungsraumrabatt geografisch differenzierte Preise für Pressesendungen an.¹⁶⁵

133. Die Monopolkommission vertritt die Auffassung, dass ein geografisch differenziertes Preissystem, das potenziell näher an den tatsächlichen Kosten der Briefbeförderung orientiert ist als ein Preissystem mit Einheitstarif, aus Effizienzgesichtspunkten Vorteile beinhaltet. In dieser Hinsicht ist ein solches System im Interesse der Kunden, die überwiegend Sendungen aus Ballungsregionen in Ballungsregionen verschicken. Wettbewerbspolitisch bedenklich ist ein geografisch differenziertes Preissystem aber, wenn der Anbieter Unter-Kosten-Preise in den wettbewerbsintensiven Regionen anbietet oder die übrigen Bedingungen, z.B. die Einteilung der Tarifzonen oder die Spreizung der Entgelte über die verschiedenen Gewichtsklassen, so gestaltet sind, dass das System insbesondere auf die Verdrängung von Wettbewerbern abzielt. Hier stellt sich die Frage, wie die Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Ex-post-Kontrolle von geografisch differenzierten Rabatten zu bewerten sind. Nach § 25 PostG kann die Behörde erst nach Bekanntwerden von belegbaren Wettbewerbsverstößen ein Verfahren einleiten. Diese Position ist im Vergleich zur britischen Postcomm schwächer und im Vergleich zur schwedischen Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (PTS) günstiger. Royal Mail musste das „Zonal Pricing“-Modell im Vorfeld von der Postcomm genehmigen lassen. Dagegen besitzt die PTS keine sektorspezifische Kontrollbefugnis für Preise im Bereich der Massensendungen. Die Ex-post-Kontrolle für Massensendungen obliegt der allgemeinen Aufsicht durch die schwedische Wettbewerbsbehörde.

3.4.3.5 Informationsdefizite bei der Ex-post-Kontrolle

134. Das entscheidende Problem bei der Beurteilung von Rabatten ist der mangelhafte Zugang der Regulierungsbehörde zu den dafür erforderlichen Informationen, d.h. die Informationsasymmetrie zwischen Regulierer und marktbeherrschendem Anbieter. Rabatte sind in der Regel das Ergebnis individueller Vereinbarungen zwischen Anbieter und Nachfrager und werden nicht veröffentlicht.¹⁶⁶ Ein Grund dafür liegt in der speziel-

liche Preisnachlass für den Kunden geringer. Ein längerer Bezugszeitraum impliziert eine geringere Wettbewerbsneutralität, allerdings ist dann der mögliche Preisnachlass für die Kunden umso größer; vgl. Zauner, M., a.a.O., S. 57.

¹⁶⁵ Vgl. Deutsche Post AG, Preise Presse Distribution, gültig ab 1. Januar 2009, S. 3: „Die Entgelte für Sendungen des Regelversands von Postvertriebsstücken und Pressesendungen werden in Ballungsräumen um 25 % herabgesetzt und in Landräumen um 8 % heraufgesetzt. In den Zwischenzonen bleiben die Sendungsentgelte unverändert.“

¹⁶⁶ Dies gilt nicht für Rabatte, die im Rahmen der Genehmigungspflicht durch die Bundesnetzagentur veröffentlicht werden, wie die Rabatte für Teilleistungen.

len Nachfragerstruktur auf dem Postmarkt. So entfallen etwa 84 % des gesamten Sendungsvolumens im Bereich „Brief Kommunikation“ der DPAG auf Geschäftskunden.¹⁶⁷ Es ist davon auszugehen, dass die Großversender über eine gewisse Verhandlungsmacht gegenüber der DPAG verfügen und die Höhe der individuell ausgehandelten Rabatte mit der Verhandlungsmacht (bzw. dem Sendungsvolumen) steigt. Mit anderen Worten: Die größten Versender dürften von den höchsten Rabatten profitieren. Höhere Rabatte beim Bezug von Vorleistungen bedeuten niedrigere Kosten und erlauben niedrigere Preise für ihr eigenes Angebot, während die kleineren Konkurrenten, die aufgrund ihrer Größe keine individuellen Preisnachlässe mit der DPAG aushandeln können, den regulären Preis für ihre Sendungen zahlen und damit einen Kostennachteil haben. Ein Unternehmen, das von hohen individuellen Rabatten profitiert, wird versuchen, die Ursache für seinen Kosten- und Preisvorteil geheim zu halten. Nur die Konkurrenten dieser begünstigten Unternehmen und die Wettbewerber der DPAG haben ein Interesse daran, die individuellen Rabattabsprachen publik zu machen, entweder um eine möglicherweise missbräuchliche Rabattpraxis abzustellen – hierfür müssen sie diese aber gegenüber der Regulierungsbehörde belegen können – oder aber um diese Rabatte für sich selbst einzufordern (Versender) bzw. um diesen Großversendern vergleichbare Angebote machen zu können (Wettbewerber). Die alternativen Postdienstleister sind aber häufig an anderer Stelle abhängig von der DPAG, wie z.B. beim Teilleistungszugang, oder sie erhoffen sich zu einer anderen Gelegenheit einen Vertrag mit einem der begünstigten Großversender. Dies kann sie von einer Anzeige des Rabatts beim Regulierer abhalten oder zumindest dazu führen, dass die Beschwerden anonym oder über Vertreter und somit nicht in letzter Konsequenz vorgetragen werden. Ebenso wenig hat die DPAG ein Interesse daran, dass die individuellen Rabattvereinbarungen öffentlich werden, weil diese mit großer Wahrscheinlichkeit einer Ex-post-Kontrolle unterzogen werden. Vielmehr ist das Interesse an einer Geheimhaltung umso größer, je eher die jeweilige Vereinbarung als missbräuchlich eingestuft wird.

3.4.3.6 Lösungsansätze für die Ex-post-Kontrolle

135. Die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur sind nach der aktuellen Fassung des Postgesetzes sehr begrenzt. Zwar ist der marktbeherrschende Anbieter nach § 30 PostG verpflichtet, Verträge über Teilleistungen sowie über den Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungen innerhalb eines Monats nach Abschluss der Regulierungsbehörde vorzulegen. Abgesehen von Teilleistungsverträgen hat sie aber keinerlei Möglichkeit, aus eigener Initiative Verträge einzusehen. Für die Aufnahme eines Verfahrens müssen der Regulierungsbehörde nach § 25 Abs. 1 PostG zunächst belegbare Hinweise auf ein gegebenenfalls wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Anbieters vorgelegt werden.¹⁶⁸ Sie ist also auf detaillierte Hinweise von Dritten angewiesen, d.h. die Last der Beweisführung liegt auf Seiten der Wettbewerber und Versender. Weil die DPAG und ihre bevorzugten Kunden keinerlei Interesse am Bekanntwerden ihrer Rabattvereinbarungen haben, bleiben die Hinweise von Dritten zwangsläufig ungenau, sodass sich die Bundesnetzagentur in der Regel nicht zur Eröffnung eines Verfahrens

¹⁶⁷ Vgl. Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2006, S. 44.

¹⁶⁸ § 25 Abs. 1 Satz 1 PostG lautet: „Werden der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt, die die Annahme rechtfertigen, daß nicht genehmigungsbedürftige Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt, nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 entsprechen, leitet die Regulierungsbehörde eine Überprüfung der Entgelte ein, sofern der Anbieter auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist.“

befugt sieht. Sie kann erst nach Kenntnisnahme von Tatsachen ein Verfahren einleiten. Welche Art von Informationen dazu zählen, obliegt der Interpretation der Behörde selbst. Zumindest die Wettbewerber der DPAG äußerten wiederholt, dass sich diese Hürde regelmäßig als unüberwindbar erweist. Die Informationsbeschaffung führt zwangsläufig über den Anbieter von Rabatten und seine Kunden und diese Parteien haben als gegenseitige Profiteure Anreize zur Desinformation. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur keine überzogenen Anforderungen an die Beweiskraft der Hinweise auf Marktmachtmissbrauch stellen. Nur so ist sichergestellt, dass Verdachtsfällen angemessen und zeitnah nachgegangen werden kann. Darüber hinaus ist es dringend erforderlich, die Behörde durch eine Änderung des Postgesetzes mit aktiven Ermittlungsbefugnissen auszustatten. Dies ist die einzige Möglichkeit, die Informationsdefizite wirkungsvoll zu begrenzen.

136. Weitere Ansätze, mit deren Hilfe eine Regulierungsbehörde an die notwendigen Informationen zur Überprüfung der Rabatte im Bereich der Massensendungen gelangen kann, enthält das Telekommunikationsgesetz. Nach § 38 Abs. 1 TKG sind Entgelte, die einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, der Regulierungsbehörde zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Nachricht die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Überprüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG zu vereinbaren ist. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. Ferner schreibt § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG für den Bereich der Telekommunikation vor, dass individuelle Vereinbarungen über Entgelte, die nicht ohne Weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen sind. Dies trafe auf individuelle Rabattvereinbarungen im Postmarkt zu, die nach Wegfall der Ex-ante-Entgeltregulierung für Sendungsmengen über 50 Stück zu einem wichtigen Instrument des marktbeherrschenden Anbieters zählen. Das Postgesetz gibt der Regulierungsbehörde jedoch kein adäquates Instrument zur Kontrolle solcher Vereinbarungen an die Hand.

137. Nach einer möglichen Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz steigen die Transaktionskosten beim marktbeherrschenden Unternehmen, das jede einzelne individuelle Rabattvereinbarung anzeigen müsste, ebenso wie bei der Regulierungsbehörde, welche die personellen Kapazitäten für die Sichtung der Unterlagen und gegebenenfalls tiefere Prüfung vorhalten müsste. Dennoch erscheint eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Anbieters zur unmittelbaren Anzeige individueller Vereinbarungen sinnvoll, weil sie den Spielraum für wettbewerbswidriges Verhalten erheblich einschränken würde. Die Möglichkeiten, individuelle Vereinbarungen geheim zu halten und darüber Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder Markteintritte durch neue Anbieter zu verhindern, wären – bei adäquater Prüfung durch die Bundesnetzagentur – deutlich begrenzt.¹⁶⁹ In Anbetracht dessen spricht sich die Monopolkommission für eine Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Vorschrift im Postgesetz aus. Wegen der fortdauernden marktbeherrschenden Stellung der

¹⁶⁹Auf die disziplinierende Wirkung einer dem § 38 Abs. 1 TKG ähnlichen Vorschrift im Postrecht wies die Monopolkommission bereits früher hin; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 115.

DPAG im Briefmarkt ist diese Anzeigepflicht angemessen. So hätte die Regulierungsbehörde zumindest die Möglichkeit zur Überprüfung – unabhängig von der tatsächlichen Ausübung. Eine Alternative zur beschriebenen Regelung wäre, den § 30 PostG, der das marktbeherrschende Unternehmen zur Vorlage von Verträgen im Teilleistungsbereich innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss verpflichtet, auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen auszudehnen. Jedoch ist die Übernahme des § 38 TKG schärfer, weil dieser vorsieht, dass individuelle Vereinbarungen der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen sind und nicht erst innerhalb eines Monats.

138. Nach § 25 Abs. 1 PostG leitet die Regulierungsbehörde eine Ex-post-Kontrolle von Engpässen, die nicht genehmigungsbedürftig sind, ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die darauf hindeuten, dass diese nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Das heißt, die Behörde kann ein Verfahren lediglich von Amts wegen einleiten. Dritte haben kein Antragsrecht. Sie können der Bundesnetzagentur zwar Hinweise auf ein mögliches missbräuchliches Verhalten des Marktbeherrschers geben, über die Einleitung eines Verfahrens entscheidet aber die Behörde. Im Telekommunikationsgesetz ist dies anders geregelt. Nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG können auch Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens stellen: „Auf Antrag oder von Amts wegen trifft die Regulierungsbehörde eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden.“ So sind die Marktteilnehmer hinsichtlich der Verfahrenseinleitung nicht weiter von der Entscheidung der Bundesnetzagentur abhängig. Die Monopolkommission hält die Implementierung einer vergleichbaren Regelung im Postgesetz angesichts der fortdauernden marktbeherrschenden Stellung der DPAG im Briefmarkt für ausgesprochen sinnvoll. Sie könnte die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde erheblich stärken.

139. Nach den Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung folgt die Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur dem „Top-down“-Ansatz, d.h. sie stellt auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab, und nimmt im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung vor. Eine Alternative zu dieser Vorgehensweise ist der „Bottom-up“-Ansatz. Dabei werden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in der Regel mit Hilfe eines analytischen Kostenmodells ermittelt. Im Telekommunikationsbereich werden analytische Kostenmodelle bereits seit längerer Zeit erfolgreich angewendet, um die Kosten von Netzinfrastrukturen orientiert nach ihren Elementen zu bestimmen. Dafür wird das Netz in seine Elemente zerlegt, die nach den einzelnen Netzprozessen definiert werden. Das Vorgehen erlaubt, die Kosten einzelner Leistungen separat oder die Kosten einer Netzgesamtleistung zu ermitteln. Diese elementbezogene Sichtweise ermöglicht, die durch Unteilbarkeiten verursachten Fixkosten als zurechenbare Kosten des Netzelements verursachungsgerecht auf die verschiedenen Dienste zu verteilen.¹⁷⁰

140. Die Anwendung eines analytischen Kostenmodells für die Ex-post-Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten des marktbeherrschenden Anbieters ist auch für den Postsektor zu empfehlen. Dieses Modell muss im Briefmarkt vor allem Prozesskosten abbilden; In-

¹⁷⁰ Von diesen „gemeinsamen“ Kosten verschiedener Dienste zu unterscheiden sind leistungsmengen-neutrale Gemeinkosten, die keinem Dienst zugerechnet werden können, vgl. dazu http://www.bundesnetzagentur.de/enid/95b3bd00a195f09222936f943031e0f7,0/Regulierung_Telekommunikation/Analytische_Kostenmodelle_9c.html

vestitionswerte sind wegen der hohen Personalintensität von geringerer Bedeutung. Die Prozesskosten (vor allem Löhne) enthalten in großem Umfang nicht direkt zurechenbare Gemeinkosten. Zur Bestimmung der relevanten Grenz- bzw. Inkrementalkosten bei der Missbrauchsaufsicht ist es erforderlich, diese Gemeinkosten soweit wie möglich verursachungsgerecht allozieren zu können. Weil die Informationsasymmetrien im Postmarkt ebenso vorhanden sind wie im Telekommunikationsbereich, steht der Anwendung eines analytischen Kostenmodells nichts entgegen. Die Monopolkommission empfiehlt dieses dringend.

3.5 Zugang zu Teilleistungen der DPAG

3.5.1 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen

141. Die Möglichkeit des Zugangs von Wettbewerbern zu Postfachanlagen und Adressdatenbanken ist nach § 29 Abs. 1 bzw. Abs. 2 PostG explizit vorgeschrieben. Danach hat ein Lizenznehmer, der auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend ist, anderen Anbietern von Postdienstleistungen auf diesem Markt gegen Entrichtung eines Entgelts Zugang zu seinen Postfachanlagen und Adressinformationen zu gewähren. Wenn die Zugangsbedingungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des betreffenden Unternehmens enthalten sind – so praktiziert es die DPAG bisher –, unterliegen sie einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Die Entgelte müssen sich gemäß § 20 PostG an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, dürfen keine Aufschläge enthalten, die ein Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, und keine Abschläge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Darüber hinaus ist es untersagt, einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einzuräumen. Wenn der Zugang nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des marktbeherrschenden Unternehmens geregelt ist, unterliegen die Entgelte einer Ex-post-Kontrolle nach § 25 PostG.

142. Die Bundesnetzagentur hat die Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen und zu Adressdatenbanken erstmalig im Jahr 2002 genehmigt. Für den Zugang zu den Postfachanlagen der DPAG genehmigte sie für den Zeitraum vom 1. April 2002 bis 30. Juni 2004 ein Entgelt von 0,58 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück. Die DPAG hatte 1,62 EUR je Einlieferung und 0,08 EUR je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 genehmigte die Behörde ein Entgelt von 0,57 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück. Die DPAG hatte 2,00 EUR je Einlieferung und 0,09 EUR je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2009 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Entgelt von 0,53 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück. Die DPAG hatte 1,99 EUR je Einlieferung und 0,07 EUR je Stück beantragt.¹⁷¹ Die von der Regulierungsbehörde festgesetzten Entgelte lagen also stets deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten.

¹⁷¹ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 737/2001, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 24 vom 19. Dezember 2001, S. 3982, Beschluss vom 2. Februar 2002, Bk5b-01/110 ABl. Nr. 3 vom 20. Februar 2002, S. 328; Mitteilung Nr. 117/2004, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 8 vom 21. April 2004, S. 446, Beschluss vom 17. Juni 2004, Bk5b-04/051, ABl. Nr. 13 vom 30. Juni 2004, S. 740; Mitteilung Nr. 168/2006, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 9 vom 10. Mai 2006, S. 1238, Beschluss vom 30. Juni 2006, Bk5b-06/055, ABl. Nr. 15 vom 2. August 2006, S. 1977.

143. Für den Zugang zu der Adressänderungsinformation der DPAG genehmigte die Bundesnetzagentur für den Zeitraum vom 1. Mai 2002 bis 30. Juni 2004 ein Entgelt von 59,64 EUR für die Lieferung und Installation des Lesegeräts und 0,16 EUR je Treffer bei der Adressabfrage. Die DPAG hatte 80,94 EUR und 0,14 EUR je Treffer beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 genehmigte die Behörde ein Installationsentgelt von 54,70 EUR und 0,16 EUR je Treffer. Die DPAG hatte 74,23 EUR und 0,31 EUR je Treffer beantragt und klagte gegen den Entgeltbescheid. Am 13. Mai 2008 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln die Bundesnetzagentur, der DPAG die Erhebung eines Entgelts von 0,22 EUR je Treffer für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹⁷² Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2008 genehmigte die Regulierungsbehörde ein Installationsentgelt von 48,77 EUR und 0,14 EUR je Treffer. Die DPAG hatte 78,73 EUR und 0,18 EUR je Treffer beantragt und klagte erneut gegen den Entgeltbescheid. Am 13. Mai 2008 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln die Bundesnetzagentur, der DPAG die Erhebung eines Installationsentgelts von 49,92 EUR für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹⁷³ Gegen die vorgenannten Urteile haben sowohl die Regulierungsbehörde und als auch die DPAG Zulassung zur Berufung beantragt. Die Verfahren sind beim Oberverwaltungsgericht Münster unter den Aktenzeichen 13 A 1627/08 und 13 A 1628/08 anhängig. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Installationsentgelt von 58,47 EUR und 0,10 EUR je Treffer. Die DPAG hatte 64,48 EUR und 0,11 EUR je Treffer beantragt.¹⁷⁴

144. Die von der Regulierungsbehörde festgesetzten Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen lagen bisher in allen Fällen deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten. Dies belegt nach Ansicht der Monopolkommission die Notwendigkeit eines ex ante regulierten Zugangs zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen der DPAG. Ohne die Festlegung der Zugangspreise durch die Bundesnetzagentur wären die Entgelte wesentlich höher ausgefallen. Von einigen Wettbewerbern werden allerdings die nach ihrer Auffassung dennoch missbräuchlich hohen Entgelte beim Zugang zu den Adressänderungsinformationen und ein großer administrativer Aufwand beim Zugang zu den Postfachanlagen als wettbewerbsbehindernd empfunden. Der Zugang zu Postfachanlagen werde von der DPAG so restriktiv gehandhabt, dass es oftmals günstiger sei, Briefe mit Postfachadressen nicht selbst zuzustellen, sondern voll frankiert bei der DPAG einzuliefern. Ähnliche Probleme werden mit den sog. Großempfänger-Postleitzahlen beschrieben. Weil diese nichts über den Standort des Empfängers und damit die Filiale aussagten, in der sich das Postfach befindet, könnten betreffende Sendungen nicht in eigener Regie zugestellt werden. Um solche Zugangsprobleme zu umgehen, stellen die Wettbewerber nach Auskunft der Bundesnetzagentur postfachadressierte Sendungen teilweise durchaus auch an die Hausadressen zu (sofern bekannt) oder nehmen nur solche Aufträge an, in denen keine post-

¹⁷² VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 5261/04.

¹⁷³ VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 3464/06.

¹⁷⁴ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 124/2002, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 3 vom 20. Februar 2002, S. 328, Beschluss vom 11. April 2002, Bk5b-02/007, ABl. Nr. 8 vom 2. Mai 2002, S. 736; Mitteilung Nr. 157/2004, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 10 vom 19. Mai 2004, S. 548, Beschluss vom 30. Juni 2004, Bk5b 04/056; Mitteilung Nr. 169/2006, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 9 vom 10. Mai 2006, S. 1238, Beschluss vom 30. Juni 2006, Bk5b-06/056, ABl. Nr. 15 vom 2. August 2006, S. 1977; Mitteilung Nr. 585/2008, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 19 vom 8. Oktober 2008, S. 3085, Beschluss vom 2. Dezember 2008, BK5, ABl. Nr. 24 vom 17. Dezember 2008, S. 4305.

fachadressierten Sendungen enthalten sind. So ist die Nachfrage nach Zugang zu Postfachanlagen allgemein sehr gering. Ähnlich gering ist die Nachfrage nach Adressänderungsinformationen. Dies dürfte aber eher auf eine fehlende Notwendigkeit als auf zu hohe Entgelte zurückzuführen sein. Die Unzustellbarkeit von Sendungen wegen fehlerhafter Adressen tritt überwiegend im Privatkundenbereich (C-to-C-Segment) auf. Die Wettbewerber bieten ihre Beförderungsleistungen aber vorrangig Unternehmen an (B-to-B und B-to-C-Segment). Weil Geschäftskunden in der Regel über aktuelle Adressinformationen ihrer Kunden verfügen, dürften die Wettbewerber seltener einen Bedarf für den Adresszugang haben.

145. Dass Wettbewerber Aufträge ausschlagen müssen, weil sie Probleme bei der Postfachzustellung befürchten, ist inakzeptabel. Ohne die Mitbenutzung der Postfachanlagen können die Wettbewerber keine Sendungen an die Inhaber der Postfächer zustellen. Zum einen können aus den Postfachadressen nicht ohne Weiteres die Hausadressen abgeleitet werden, zum anderen wollen die Postfachinhaber ihre Sendungen ausschließlich auf diesem und nicht auf dem direkten Weg erhalten; anderenfalls würden sie sich kein Postfach zulegen. Weil die Empfänger in der Regel nicht bereit sein werden, täglich zwei oder mehrere Postfachanlagen verschiedener Anbieter aufzusuchen (zumal wenn diese räumlich auseinander liegen), können die Wettbewerber die Anlagen auch nicht problemlos duplizieren, selbst wenn die Investitionen in solche Anlagen nicht irreversibel sind. Das heißt, bei der gegenwärtigen vertikalen Struktur des Postsektors mit dem Sending-Party-Pays-Prinzip (der Versender zahlt auch die Zustellung) weisen die Postfachanlagen die Eigenschaften eines monopolistischen Bottlenecks auf. Eine Beeinträchtigung des Zugangs für andere Anbieter neben der DPAG stellt eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung dar. Die Monopolkommission fordert die Bundesnetzagentur auf, etwaigen Problemen von Wettbewerbern beim Zugang zu Postfachanlagen nachzugehen und solche Probleme, die der DPAG anzulasten sind, unverzüglich abzustellen.

3.5.2 Zugang zum Beförderungsnetz

146. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG sind marktbeherrschende Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen verpflichtet, Teile der von ihnen erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Für die Entgelte gelten im Prinzip dieselben Kriterien wie beim Zugang zu Postfachanlagen und Adresdatenbanken. Sie werden seit dem 1. Januar 2008 jedoch nicht mehr ex ante reguliert, sondern unterliegen gemäß § 19 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 PostG nur noch einer Ex-post-Kontrolle nach § 25 PostG für Mindesteinlieferungsmengen von 50 Stück; eine Überprüfung führt die Bundesnetzagentur nur noch dann durch, wenn Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG entsprechen.¹⁷⁵ Bei einer Überprüfung der Teilleistungsentgelte müssen die anteiligen Kosten der gesamten Wertschöpfungskette berücksichtigt werden (§ 28 Abs. 2 Satz 3 PostG). Nach § 30 Abs. 1 PostG ist der marktbeherrschende Anbie-

¹⁷⁵ Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG dürfen die Entgelte nach Nr. 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, nach Nr. 2 dürfen sie keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und nach Nr. 3 dürfen sie einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird.

ter verpflichtet, der Bundesnetzagentur Verträge über Teilleistungen innerhalb eines Monats nach Abschluss vorzulegen.¹⁷⁶

147. Durch Entscheidungen der Regulierungsbehörde aus dem Jahr 2000¹⁷⁷ erhielten Kunden und Wettbewerber – Letztere allerdings nur für Briefsendungen außerhalb der gesetzlichen Exklusivlizenz – die Möglichkeit des Zugangs zu den Briefzentren der DPAG. Für Briefsendungen, die unter die Exklusivlizenz fielen, hatten die Wettbewerber nach der Entscheidung der Bundesnetzagentur keinen Anspruch auf Teilleistungszugang zu den Briefzentren der DPAG. Durch eine Entscheidung der EU-Kommission in einem Verfahren nach Art. 106 (ex-Art. 86) i.V.m. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV)¹⁷⁸ und eine auf § 20 Abs. 1 GWB (a.F.) sowie Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) gestützte Verfügung des Bundeskartellamtes¹⁷⁹ veränderte sich dieser Regulierungsrahmen.¹⁸⁰ Die EU-Kommission stellte fest, dass § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG, wie von der Bundesnetzagentur in ihren Beschlüssen zum Teilleistungszugang ausgelegt, insoweit gegen Art. 106 (ex-Art. 86) i.V.m. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) verstieß, als gewerbliche Postvorbereiter daran gehindert wurden, mengenabhängige Entgeltermäßigungen für die Einlieferung von Postsendungen in die Briefzentren der Deutschen Post AG zu erhalten. In Zusammenarbeit mit der EU-Kommission führte das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die DPAG durch und untersagte dem Unternehmen mit Beschluss vom 11. Februar 2005, Konsolidierern den Teilleistungszugang und die entsprechenden Teilleistungsrabatte zu verweigern. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes stellte die Verweigerung des Teilleistungszugangs sowohl einen Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV (ex-Art. 82 Satz 2 lit. c EGV) als auch einen Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB (a.F.) und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Das Bundeskartellamt erklärte seine Untersagungsverfügung für sofort vollziehbar, da dem Teilleistungszugang für Konsolidierer eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entstehung wettbewerblicher Strukturen und die Schaffung funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Briefbeförderungsmärkten zukomme. Die Anordnung des Sofortvollzugs wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf, das dem Antrag der DPAG auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Kartellamtsbeschluss nicht stattgab, bestätigt.¹⁸¹

148. Im Zuge der Entscheidungen aus dem Jahr 2000 hat die Bundesnetzagentur erstmalig auch die Entgelte für verschiedene Teilleistungen festgelegt. Bei der Ermittlung dieser Entgelte war der Regulierungsbehörde ein kostenbasiertes, prozessorientiertes Vorgehen nicht möglich. Dazu heißt es in der Begründung des Beschlusses Bk5b-00/076: „Prüffähige Kostenunterlagen [...] hat die Antragsgegnerin trotz mehrfacher Aufforderung durch die Beschlusskammer für das vorliegende Verfahren nicht vorgelegt.“ Daher mussten die Kosten der Prozesse der Teilleistungen auf der Grundlage öffentlich zugänglicher Daten über die Kostenstrukturen in Postunternehmen geschätzt werden. Kunden und Wettbewerber erhalten in Abhängigkeit von der erbrachten

¹⁷⁶ Vgl. Abschnitt 3.4.

¹⁷⁷ BNetzA, Beschluss vom 15. September 2000, Bk5b-00/076; dies., Beschlüsse vom 16. Oktober 2000, Bk5a-00/110 und Bk5a-00/114; dies., Beschluss vom 12. März 2001, Bk5a-01/004.

¹⁷⁸ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. Oktober 2004, COMP/38.745.

¹⁷⁹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. Februar 2005, B9-55/03.

¹⁸⁰ Für eine detaillierte Darstellung der verschiedenen Positionen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 44, a.a.O., Tz. 11-25.

¹⁸¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2005, VI-Kart 3/05 (V).

Dienstleistung, der eingelieferten Stückzahl und dem Grad der Vorsortierung Rabatte auf die Endpreise der DPAG für die jeweilige Sendungsart. Die Entgelte waren zunächst bis zum 31. Dezember 2002 gültig. Zwischen 2003 und 2007 unterlagen die Teilleistungen – wie die meisten genehmigungsbedürftigen Entgelte – der Price-Cap-Regulierung nach § 21 Abs. 1 PostG. Hierbei waren die Teilleistungen in einem separaten „Korb T“ zusammengefasst. Als Ausgangsentgeltniveau für die Festlegung der Preisobergrenzen im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens wurden die von der Bundesnetzagentur im Jahr 2000 festgelegten Entgelte verwendet. Bis Ende 2007 durfte das mittlere Entgelt aller im Korb T enthaltenen Produkte pro Jahr maximal um den Faktor „Preissteigerungsrate minus 1,8 %“ steigen. Im Wesentlichen sind die im Jahr 2000 angeordneten Teilleistungsentgelte in der Preishöhe und -struktur bis Ende 2007 erhalten geblieben. Zum 1. Januar 2008 hat die DPAG die Konditionen für die Teilleistungsverträge nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert. So wurden die Rabatte auf die regulären Entgelte für erbrachte Vorleistungen über alle Stufen um fünf Prozentpunkte erhöht und die Mindesteinlieferungsmengen zur Geltendmachung der Rabatte gesenkt. Die Tabellen 3.7 und 3.8 zeigen die aktuellen Rabatte bei Einlieferung im Briefzentrum in der Ursprungsregion (Briefzentrum Abgang, BZA) und im Briefzentrum der Zielregion (Briefzentrum Eingang, BZE).

Tabelle 3.7:

**Rabatte auf das Standard-Entgelt,
AGB-Teilleistungsverträge BZA**

<i>Rabatt</i>	<i>Standard-, Kompaktbrief, Postkarte</i>	<i>Groß-, Maxibrief</i>
8 %	ab 5.000 bis 10.000	ab 500 bis 1.000
11 %	ab 10.001 bis 15.000	ab 1.001 bis 2.000
15 %	ab 15.001 bis 20.000	ab 2.001 bis 3.000
19 %	ab 20.001 bis 25.000	ab 3.001 bis 4.000
23 %	ab 25.001	ab 4.001

Quelle: DPAG, AGB Teilleistungen BZA gewerbsmäßige Konsolidierung Brief (Stand: 1. Januar 2008)

149. Die Höhe der Teilleistungsrabatte sind insofern ein kritischer Faktor für den Briefbereich, als sie es dem etablierten Anbieter ermöglichen, die Politik einer Preis-Kosten-Schere zu betreiben, d.h. Wettbewerber durch eine geringe Preisdifferenz zwischen den End-to-End-Dienstleistungen und den Teilleistungen vom Markt zu verdrängen. Diese Problematik ist aus anderen Netzsektoren wie der Telekommunikation oder der Energieversorgung hinlänglich bekannt. Die Teilleistungsrabatte der DPAG erreichen auch nach den Anfang 2008 verbesserten Konditionen nicht die Rabatte, die z.B. in Frankreich, Großbritannien oder den USA für vergleichbare Vorleistungen angeboten werden. Verschärft wird dies dadurch, dass die Gewinnmargen der Wettbewerber durch die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG zusätzlich verringert werden.¹⁸²

¹⁸² Vgl. dazu Abschnitt 3.3.

Tabelle 3.8:

**Rabatte auf das Standard-Entgelt,
AGB-Teilleistungsverträge BZE**

<i>Rabatt</i>	<i>Standard-, Kompaktbrief, Postkarte</i>	<i>Groß-, Maxibrief</i>
26 %	ab 250	ab 100

Quelle: DPAG, AGB Teilleistungen BZE gewerbsmäßige Konsolidierung Brief (Stand: 1. Januar 2008)

150. Ebenso bedeutsam wie die Entgelte sind die nicht preislichen Konditionen des Teilleistungszugangs der DPAG. Dass das Unternehmen nicht gewillt ist, einen reibungslosen und diskriminierungsfreien Netzzugang für Wettbewerber zu ermöglichen, hat sich von Anfang an gezeigt. Nachdem der Versuch, Konsolidierern den Netzzugang zu verweigern, auf gesetzlicher Ebene gescheitert war, ist die DPAG dazu übergegangen, dessen schnelle und umfassende Nutzung durch verschiedene Behinderungspraktiken zu konterkarieren. So verlangte die DPAG von den Konsolidierern für den Fall, dass die Kartellamtsverfügung zu einem späteren Zeitpunkt gerichtlich aufgehoben würde, die vertragliche Anerkennung der Rückzahlung der gewährten Rabatte. Das mit der Rückzahlungsklausel verbundene finanzielle Risiko hat viele Anbieter vom Abschluss eines Teilleistungsvertrags mit der DPAG abgehalten. Im Juli 2005 stimmte die DPAG auf Drängen des Bundeskartellamtes schließlich zu, auf den Rückforderungsvorbehalt zu verzichten. Die reibungslose Nutzung des Teilleistungszugangs wurde nach Ansicht der Wettbewerber aber weiterhin durch restriktive Einlieferungsbedingungen behindert. So weigerte sich die DPAG zunächst, von Konsolidierern – im Gegensatz zu ihren eigenen Kunden – Sendungen anzunehmen, die nur auf Leitregionen durchnummeriert sind. Dies erlaubt, Sendungen in einem einzigen Maschinendurchlauf gleichzeitig zu sortieren und zu nummerieren, sodass in dem engen Zeitfenster zwischen der Abholung der Sendungen beim Kunden und der Einlieferung bei der DPAG größere Briefmengen konsolidiert werden. Die Bundesnetzagentur hat der DPAG im Rahmen ihrer Missbrauchsaufsicht diese Praxis schließlich untersagt.

151. Die Marktteilnehmer beklagten außerdem die Praxis der DPAG bei der Vergabe von Einlieferungszeiten („Slots“). Die DPAG gebe konkrete Slots vor und begründe diese Zeiten pauschal mit betrieblichen Erfordernissen. Es gebe keine Möglichkeit, einmal vergebene Slots in Absprache mit der DPAG zu verändern; das Unternehmen selbst aber behalte sich vor, die Slots jederzeit zu verändern, wenn betriebliche Erfordernisse dies verlangten. De facto stehe die Slot-Vergabe vollkommen im Ermessen der DPAG, ohne dass auf den einzelnen Slot ein Rechtsanspruch oder gar ein Bestandsschutz bestehe. Weitere Beschwerden bezogen sich auf die Aktualität der Tagesstempel. Die DPAG verlangte die Einlieferung von Sendungen an dem Tag, an dem diese Sendungen frankiert wurden, anderenfalls wurden die Sendungen abgewiesen. Begründet wurde dies damit, dass die DPAG gegenüber den Absendern verpflichtet ist, die Laufzeitvorgaben gemäß Post-Universaldienstleistungsverordnung einzuhalten. Im Gegenzug war die DPAG aber nicht bereit, gegenüber den Wettbewerbern eine Gewährleistung hinsichtlich der Laufzeit ab Einlieferung im Briefzentrum zu übernehmen.¹⁸³ Die Bundesnetz-

¹⁸³ Tatsächlich gewährt die DPAG bei Standardprodukten keine Laufzeitgarantien, sondern nur Laufzeitwahrscheinlichkeiten für die Zustellung, z.B. einen Tag nach Einlieferung (E+1). Die DPAG hat

agentur ist diesen Beschwerden nachgegangen und hat die DPAG Mitte 2008 dazu veranlasst, die Einlieferungsbedingungen wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. So sind die Großannahmestellen der Briefzentren nun bundesweit einheitlich länger geöffnet. Briefsendungen können werktäglich bis 20 Uhr (samstags bis 12 Uhr) eingeliefert werden. Außerhalb der Öffnungszeiten der Großannahmestellen sind Einlieferungen zukünftig während der Produktionszeit des jeweiligen Briefzentrums möglich. Die Einlieferungsslots wurden ebenfalls zeit- und mengenmäßig erweitert. Auch hinsichtlich der Aktualität der Tagesstempel kam die DPAG den Forderungen der Wettbewerber entgegen. Sendungen mit zum Teil veralteten Tagesstempeln werden künftig nicht mehr zurückgewiesen.

152. Die große Kreativität der alteingesessenen Netzmonopolisten, Wettbewerbern den Zugang zum Netz zu erschweren, ist aus anderen Netzsektoren wie der Telekommunikation oder der Energiewirtschaft bekannt. Die in diesen Sektoren gemachten Erfahrungen haben gezeigt, dass auf eine strenge und zeitnahe Kontrolle von Netzzugangsentgelten und -bedingungen nicht verzichtet werden kann. Dies gilt ebenso für den Postsektor, in dem die Bundesnetzagentur weiterhin mit einer Vielzahl von Missbrauchspraktiken der DPAG beim Netzzugang rechnen muss. Für die Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Briefmärkten ist es von großer Bedeutung, ob die Regulierungsbehörde durch eine schnelle und wirksame Missbrauchsaufsicht einen diskriminierungsfreien Teilleistungszugang bei der DPAG gewährleisten kann. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs für alternative Postdienstleister ökonomisch vorteilhaft ist und zu einer Belebung des Wettbewerbs auf den Postmärkten führt. Wie internationale Erfahrungen belegen, sind mit der durch die Freigabe der Konsolidierung möglich werdenden Arbeitsteilung zwischen dem Betreiber des Postnetzes und den Konsolidierern erhebliche Effizienzsteigerungspotenziale verbunden. Wettbewerbspolitisch ist aufgrund der hohen Markteintrittsbarrieren, die mit dem Aufbau eines flächendeckenden Zustellnetzes verbunden sind, der Teilleistungszugang eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die neu in den Markt eintretenden Anbieter auf der Ebene der End-to-End-Dienstleistungen mit der DPAG in Konkurrenz treten können.

153. In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Mai 2009 nunmehr letztinstanzlich die Rechtmäßigkeit einer Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur an die DPAG bestätigt hat.¹⁸⁴ Das Unternehmen hatte sich bei einer Vielzahl von Teilleistungsverträgen geweigert, der Regulierungsbehörde die Verträge vorzulegen, weil diese Verträge keinen Bezug zu einer Beförderungsleistung aufwiesen. Daraufhin wurde die DPAG im Rahmen einer Anordnung zur Auskunft über die Vertragsinhalte aufgefordert. Dieses Vorgehen ist nun vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden. Das Urteil stellt klar, dass eine Postdienstleistung in ihrer Gesamtheit als „Beförderungsleistung“ zu werten ist, d.h. die „Beförderungsleistung“ nicht auf den Transport reduziert werden könne. Die DPAG ist nun zweifelsfrei verpflichtet, der Bundesnetzagentur alle streitigen Typen von Teilleistungsverträgen vorzulegen; dadurch können diskriminierende Vertragsinhalte zeitnah untersagt werden. Die Entschei-

aber ein großes Interesse an aktuellen Tagesstempeln, da der Empfänger die Brieflaufzeit mit dem Datum des Tagesstempels verbindet.

¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 20. Mai 2009, 6 C 14.08; vgl. dazu auch OVG Münster, Urteil vom 22. Januar 2008, 13 A 4362/00 und VG Köln, Urteil vom 20. Juni 2000, 22 K 7663/99.

derung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte wesentlich zur Transparenz auf den Postmärkten beitragen.

3.6 Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

154. Öffentliche Einrichtungen sind bei der Vergabe ihrer Aufträge für Postdienstleistungen verpflichtet, nach Maßgabe des Vergaberechts auszuschreiben. Das Ziel des Vergaberechts besteht vor allem darin, öffentliche Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln zu verpflichten und den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. Der Staat fragt oftmals Leistungen nach, für die kein Wettbewerbsmarkt existiert, ein Marktpreis schwer ermittelt werden kann oder es an einer hinreichenden Marktübersicht fehlt. Das Vergabeverfahren soll einen Wettbewerb auslösen (§ 97 Abs. 1 GWB) und die Vergabestelle in die Lage versetzen, aus einer Vielzahl konkurrierender Angebote das wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können (§ 97 Abs. 5 GWB). Die Unternehmen sollen durch das Vergabeverfahren vor Bestechlichkeit der Entscheidungsträger, der Verletzung von Geheimhaltungspflichten und anderen gesetzeswidrigen Praktiken geschützt werden.

155. Die relevanten öffentlichen Auftraggeber des Bundes, der Länder und Kommunen nach § 98 Nr. 1 GWB müssen bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die vergaberechtlichen Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung (VgV) sowie die Bestimmungen des Zweiten Abschnitts des Teils A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) anwenden, wenn der geschätzte Auftragswert die gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte (EG-Schwellenwerte) des § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV erreicht.¹⁸⁵ Die Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen (zu denen z.B. auch die Bundesgerichte gehören) betragen 137.000 EUR (§ 2 Nr. 2 VgV) und für alle anderen Einrichtungen (wie etwa die der Länder und Kommunen) 211.000 EUR (§ 2 Nr. 3 VgV) – brutto¹⁸⁶. Diese Schwellenwerte werden bei der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen, die oftmals für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vergeben werden, durch die öffentlichen Stellen regelmäßig überschritten. Unterhalb der EG-Schwellenwerte sehen die Vorschriften des § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HgrG) und – daraus abgeleitet – die Bundeshaushaltsordnung (§ 55 Abs. 1 BHO) und die jeweiligen Landeshaushaltsordnungen die Anwendung der VOL/A vor. Hierfür gelten allerdings nur die sog. Basisparagrafen des Abschnitts 1 der VOL/A, während sich die Paragrafen des Abschnitts 2 der VOL/A ausschließlich auf Aufträge über den EG-Schwellenwerten beziehen.¹⁸⁷ In den Bundesländern, in denen den Städten und Gemeinden durch entsprechende Erlasse der Landesregierungen die Möglichkeit eingeräumt wurde, freihändige Vergaben bis zu einem bestimmten Auftragswert durchzuführen (z.B. 30.000 EUR in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, 20.000 EUR in Brandenburg) gilt, dass auch bei frei-

¹⁸⁵ Vgl. § 97 Abs. 1 GWB, § 100 Abs. 1 GWB, § 4 Abs. 2 VgV.

¹⁸⁶ Diese Schwellenwerte sind durch Gemeinschaftsrecht vorgegeben und werden regelmäßig angepasst; zuletzt gemäß Verordnung (EG) Nr. 1422/2007, ABl. EU Nr. L 317 vom 5. Dezember 2007, S. 34, in Kraft seit 1. Januar 2008, deren Vorrang vor der bislang noch nicht angepassten Vergabeverordnung ganz überwiegend angenommen wird.

¹⁸⁷ Vgl. DSStGB, Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, 2007, S. 1.

händiger Vergabe vorher eine Marktuntersuchung durchgeführt und die Grundsätze des Vergaberechts bei der Angebotsbewertung befolgt werden sollen.¹⁸⁸

156. Um den Wettbewerb um öffentliche Aufträge besser beurteilen zu können, hat die Monopolkommission im Herbst 2009 eine Umfrage zur Praxis der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Einrichtungen durchgeführt. Angeschrieben wurden die 1.000 größten Städte und Gemeinden Deutschlands, gewichtet nach der Einwohnerzahl der Bundesländer; die Fragen bezogen sich – um Informationen über vergleichbare Fälle zu erhalten – auf die Vergabe der Aufträge für die Beförderung der Wahlbenachrichtigungen zur Wahl des Europäischen Parlamentes am 7. Juni 2009. Von den 1.000 befragten Städten und Gemeinden haben 29 % einen wenigstens teilweise beantworteten Fragebogen zurückgesandt. Auf die ostdeutschen Bundesländer entfielen 177 Städte und Gemeinden, von denen 38 den Fragebogen zurückgesandt haben; dies entspricht einer Quote von 22 %. Von den 823 westdeutschen Städten und Gemeinden haben 252 Angaben zum betreffenden Vergabeverfahren gemacht, d.h. die Rücklaufquote fällt mit 31 % für Westdeutschland etwas besser aus. Alle folgenden Angaben beziehen sich auf die insgesamt 290 Städte und Gemeinden, die einen Fragebogen zurückgesandt haben. Die mittlere Einwohnerzahl beträgt 49.000. 50 % der Städte und Gemeinden haben maximal 25.000 Einwohner, was darauf hindeutet, dass die Stichprobe einen sehr großen Anteil relativ kleiner Gemeinden enthält. Die mittlere Einwohnerzahl variiert zwischen den ost- und westdeutschen Bundesländern kaum.

157. Die wichtigste abgefragte Information betrifft die Art der Auftragsvergabe. Zunächst ist festzustellen, dass mit einem Anteil von 37 % die meisten Aufträge über zentrale Stellen vergeben wurden. Hierbei handelt es sich um Kooperationen verschiedener Städte und Gemeinden, z.B. durch die Bildung gemeinsamer Stellen zur Auftragsvergabe, die Vergabe über ein öffentliches oder privates Rechenzentrum, das für verschiedene Städte und Gemeinden tätig ist, sowie die (freiwillige) Abwicklung der Auftragsvergabe über den jeweiligen Landeswahlleiter. Der zweitgrößte Anteil der beobachteten Auftragsvergaben entfällt mit 28 % auf freihändige Vergaben. Hierbei wurde in mindestens 47 % der Fälle die DPAG als Anbieter tätig. Der tatsächliche Anteil der DPAG dürfte jedoch höher liegen; die genaue Zahl ist aufgrund unvollständiger Angaben nicht festzustellen. Überraschend häufig nutzen knapp 16 % der Städte und Gemeinden eigene Zusteller, in erster Linie städtische Bedienstete, sog. „Amtsboten“. 13 % der Städte und Gemeinden haben den Auftrag wegen eines bestehenden Rahmenvertrags mit einem Postdienstleister nicht ausgeschrieben. Hierbei wurde in mindestens 58 % der Fälle die DPAG als Anbieter tätig, wobei davon auszugehen ist, dass der tatsächliche Anteil der DPAG etwas höher liegt, als die Umfrageergebnisse suggerieren. In nur sieben Fällen wurde die Beförderung der Wahlbenachrichtigungskarten durch die Stadt bzw. Gemeinde selbst ausgeschrieben. In vier Fällen wurde ein Verhandlungsverfahren gewählt. Offene bzw. nicht offene Vergabeverfahren wurden nicht beobachtet. Die im Briefgeschäft vorliegende Dominanz der DPAG mit einem Marktanteil von rund 90 % konnte in dem Spezialfall der Beförderung von Wahlbenachrichtigungskarten zur Europawahl im Juni 2009 nicht festgestellt werden. Die DPAG ist zwar in mindestens 32 % aller Fälle nachweislich als Anbieter aufgetreten, dies entspricht aber selbst, wenn man eine massive Unterschätzung annimmt, immer noch einem – gemessen am Gesamtbriefmarkt – relativ geringen Marktanteil der DPAG. Dieses Ergebnis deutet darauf hin, dass

¹⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 1 f.

die Auftragsvergabe durch öffentliche Stellen für Wettbewerber eine wichtige Chance bietet, sich im Briefgeschäft zu etablieren.

158. Seit einiger Zeit spielen bei öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr nur die Entgelte, sondern auch die Qualität der Auftragsdurchführung eine Rolle. Die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ist ungleich komplizierter, weil qualitative Anforderungen in die Form geeigneter (und rechtlich zulässiger) Eignungs- und Zuschlagskriterien gekleidet werden müssen. In der Vergangenheit waren viele Vergabeverfahren Gegenstand von Beschwerden der Bieter und wurden vor allem durch die Newcomer auf dem Markt gerichtlich angegriffen. Besonders umstritten waren (und werden vermutlich auch zukünftig sein) die Aufteilung der Aufträge in Lose, die Rahmenvereinbarungen, die Auswahl der Zuschlagskriterien und Eignungsnachweise, der Subunternehmerinsatz, die Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung, die Kooperation mehrerer Auftraggeber und die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG.¹⁸⁹

3.6.1 Aufteilung in Lose

159. Öffentliche Auftraggeber sind nach § 97 Abs. 3 GWB verpflichtet, die Interessen mittelständischer Unternehmen bei der Ausschreibung vorrangig zu berücksichtigen. Dies soll durch die Aufteilung der Aufträge in Lose erreicht werden. Auch nach § 5 Nr.1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 1) hat der Auftraggeber in jedem Fall, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, den Auftrag in Lose aufzuteilen, wobei eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrags zu vermeiden ist. Man unterscheidet eine Aufteilung nach Stückzahlen (Teillose), dem Leistungsgegenstand (Fachlose, z.B. getrennt nach Briefen, Paketen und Postzustellungsaufträgen oder getrennt nach Prozessen) und dem Leistungsort (Gebietslose, z.B. getrennt nach Regionen). Auch eine Kombination dieser Kriterien ist möglich. Eine an den einzelnen Prozessen orientierte Losbildung bedeutet, dass die Vorleistungen wie das Drucken, Kuvertieren und Sortieren der Sendungen getrennt von der eigentlichen Beförderung ausgeschrieben werden. Eine derart entbündelte Ausschreibung ist für den Postmarkt von besonderer Bedeutung, weil sich viele Unternehmen auf einzelne Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette spezialisieren, wie z.B. Konsolidierer, welche diese Leistungen für verschiedene Auftraggeber erbringen und damit Größenvorteile realisieren, die anderen, weniger spezialisierten Wettbewerbern verwehrt sind. Schreibt der Auftraggeber entgegen § 97 Abs. 3 GWB eine Gesamtleistung aus, werden solche Nischenanbieter von vornherein ausgeschlossen. Eine Aufteilung des Auftrags in mehrere Gebietslose bedeutet, dass auch solche Postdienstleister eine Chance auf den Auftrag haben, die nur regional oder lokal tätig sind. Werden die Lose dagegen nicht räumlich differenziert, können ausschließlich Anbieter mit einem flächendeckenden Zustellnetz den Auftrag annehmen.

160. Eine Gesamtvergabe ist vergaberechtlich nur dann zulässig, wenn die Losbildung zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung führen würde oder technische Probleme dem entgegenstehen. Es müssen überwiegende Gründe für eine einheitliche Auftragsvergabe sprechen.¹⁹⁰ In Einzelfällen ist tatsächlich davon auszugehen, dass eine exzessive Losbildung zu einem Verlust von Skalen- und Verbundvorteilen führen kann, insbesondere bei einer Aufteilung in Teil- oder Fachlose. Ein Beispiel dafür ist die Durchführung von

¹⁸⁹ Vgl. dazu auch Goodarzi, R., Kapischke, C., Die Ausschreibung von Postdienstleistungen – das erste Jahr der Marktliberalisierung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 28, 2009, S. 80-84.

¹⁹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04.

Postzustellungsaufträgen im Bereich des automatisierten Mahnwesens. Hierbei erfolgt die Produktion der Zustellaufträge im elektronischen Massenverfahren. Bei einer Vergabe der Aufträge für die einzelnen Prozesse Druck, Falten und Sortieren der Sendungen an unterschiedliche Unternehmen dürften die durch die Massenproduktion möglichen ökonomischen und zeitlichen Vorteile schnell verloren gehen. Ein solches Beispiel stellt jedoch den Sinn der Vorschriften zur Losbildung (an sich) nicht in Frage. In der Praxis wird ohnehin über erheblich einfacher gelagerte Fälle gestritten. So hatte die Vergabekammer Sachsen über einen Fall zu entscheiden, in dem die Beförderung von mehreren Millionen Briefen, Paketen und Postzustellungsaufträgen in einem einzigen Los ausgeschrieben worden war, was sie als unzulässig beurteilte.¹⁹¹ Die Ausschreibung eines Auftrags zur Beförderung verschiedener Kategorien in einem einzigen Los verstößt gegen § 97 Abs. 3 GWB. Ein öffentlicher Auftraggeber von Postdienstleistungen habe die Pflicht zur grundsätzlichen Auftragsteilung in Lose und kann davon nur im Ausnahmefall absehen, wenn die Auftragsteilung in Lose unzweckmäßig ist. Wann vertretbare Gründe vorliegen, die gegen eine Losbildung und für eine Gesamtvergabe sprechen, müsse anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls sorgfältig abgewogen werden. Die Gründe für eine Gesamtvergabe sind außerdem zu dokumentieren.¹⁹²

Nach § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Durch die Änderungen im Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts¹⁹³ wurde der Mittelstandsschutz in seiner Bedeutung jüngst noch weiter verstärkt. Wegen der auch im zweiten Jahr nach der Liberalisierung weiterhin großen Asymmetrie der Anbieter auf dem Postmarkt spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dem Mittelstandsschutz des § 97 Abs. 3 GWB und des § 5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 1) eine besondere Bedeutung beizumessen. Dabei geht es nicht um den Schutz des Mittelstandes per se, sondern darum, die Markteintrittsbarrieren für kleine und mittlere Wettbewerber abzusenken.

3.6.2 Rahmenvereinbarungen

161. Der Umfang eines Auftrags über Postdienstleistungen ist wegen des schwankenden Sendungsaufkommens im Regelfall nicht genau zu prognostizieren. In der Praxis hat sich deshalb der Abschluss von Rahmenvereinbarungen etabliert. Sie ermöglichen den Auftraggebern, Leistungen aus dem Vertrag abzurufen, ohne dass der Umfang genau feststeht. Früher leitete sich die rechtliche Möglichkeit, Rahmenvereinbarungen abzuschließen, aus der Richtlinie 2004/18/EG¹⁹⁴ ab. Inzwischen ist eine Umsetzung in nationales Recht erfolgt. In § 3a Nr. 4 VOL/A (Abschnitt 2) werden die Voraussetzungen und die Verfahrensmöglichkeiten beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen detailliert geregelt. Sie können in mehreren Varianten abgeschlossen werden. Zum Beispiel kann eine Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmen abgeschlossen werden. In der Praxis ist anhand des Leistungsgegenstandes für jede Ausschreibung gesondert zu überprüfen, welche Variante in Betracht kommt. Für alle Rahmenvereinbarungen gilt, dass nach § 3a Nr. 4 (8) VOL/A (Abschnitt 2) die Laufzeit vier Jahre nicht

¹⁹¹ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30. April 2008, 1/SVK/020-08.

¹⁹² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04.

¹⁹³ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790.

¹⁹⁴ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134, S. 114.

überschreiten darf, „es sei denn der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände rechtfertigen eine Ausnahme“.

3.6.3 Auswahl der Zuschlagskriterien

162. Der Zuschlag ist nach § 25 Nr. 3 VOL/A auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, wobei auch der Preis als einziges Kriterium rechtlich zulässig ist. In der ersten Phase nach der Liberalisierung des Postmarktes lieferten sich die Anbieter in erster Linie einen Preiswettbewerb, sodass der Preis für die Auftraggeber als einziges Zuschlagskriterium zweckmäßig erschien. Die Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass die Auftragsausführung durch verschiedene Anbieter in erheblich unterschiedlicher Qualität erfolgte. Presseberichten zufolge soll die Qualität teilweise derart mangelhaft gewesen sein, dass einigen Anbietern kurz nach Erhalt des Auftrags wegen Vertragsverletzungen außerordentlich gekündigt werden musste. Nicht zuletzt wegen solcher Erfahrungen wird in aktuellen Ausschreibungen verstärkt nicht nur auf den Preis, sondern auch auf einige andere Kriterien abgestellt, d.h. die Ausschreibungspraxis geht dazu über, die Wirtschaftlichkeit nicht mehr nur anhand des niedrigsten Preises zu bestimmen, sondern zusätzliche Qualitätskriterien (z.B. Leistungskonzept, Kundennähe, Qualitätsmanagement usw.) zu berücksichtigen. In der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen werden diese Zuschlagskriterien in der Regel detailliert beschrieben, sodass die Unternehmen erkennen, welche Nachweise sie ihrem Angebot beifügen müssen.

163. In der Praxis ist es nicht selten, dass als Zuschlagskriterien auch Aspekte vorgesehen sind, die sich auf die Bieter beziehen, wie z.B. die technische Ausstattung oder die Qualifikation der Mitarbeiter. Die Vergabekammer Sachsen sieht jedoch die Verwendung derartiger Zuschlagskriterien als vergaberechtswidrig an. Sie seien immer dann unzulässig, wenn in den Verdingungsunterlagen kein konkreter Bezug zum ausgeschriebenen Auftrag hergestellt wird, weil sie dann nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffen, sondern ihr Zweck darin bestehe, nach der Eignung des Bieters zu selektieren. Die Eignungsprüfung des Bieters und die Bewertung seines Angebots seien zwei unterschiedliche Vorgänge, welche unterschiedlichen Regeln unterlägen und somit nicht vermischt werden dürften.¹⁹⁵ Mit anderen Worten: Solche Kriterien dürfen nur im Rahmen der Eignungsprüfung der Bieter berücksichtigt werden, nicht aber bei der Bewertung ihrer Angebote.

3.6.4 Auswahl der Eignungsnachweise

164. Öffentliche Aufträge sind nach § 97 Abs. 4 GWB ausschließlich an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Öffentliche Auftraggeber setzen die Anforderungen an die Eignung der Bieter angesichts der teilweise ernststen rechtlichen Folgen unzuverlässiger Ausführung von Postdienstleistungen (insbesondere im Bereich der Postzustellungsaufträge) nicht zu niedrig an. Einen rechtlich verbindlichen Maßstab dafür gibt es jedoch nicht. Einerseits hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass durchaus ein sehr hoher Maßstab bei der Beurteilung der Eignung bei besonderen Umständen, z.B. bei sensiblen Vertragsgegenständen

¹⁹⁵ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30. April 2008, 1/SVK/020-08.

den, angelegt werden kann.¹⁹⁶ Andererseits hat die 2. Vergabekammer des Bundes darauf hingewiesen, dass eine Abschottung des Marktes für neue Anbieter durch zu hohe Anforderungen an die Eignung der Bieter nicht erfolgen darf.¹⁹⁷ In diesem Zusammenhang urteilte das Oberlandesgericht Frankfurt, dass der Ausschluss eines Bieters aus einem Vergabeverfahren wegen bekannter früherer schlechter Zustellqualität pauschal nicht gerechtfertigt sei. Vielmehr sei immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Bieter Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat.¹⁹⁸

Die Monopolkommission pflichtet der 2. Vergabekammer des Bundes in ihrer Haltung bei. Es muss bei der Auswahl der Eignungskriterien eine sorgfältige Abwägung zwischen dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zuverlässigen Auftragsdurchführung und den Interessen der potenziellen Anbieter an der Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren geben. Die Errichtung künstlich hoher Barrieren für neue Anbieter läuft dem Zweck des Vergaberechts, nämlich Wettbewerb zwischen den Unternehmen auszulösen, damit die Vergabestelle aus vielen verschiedenen Angeboten das für den Auftraggeber und damit die Steuerzahler wirtschaftlichste Angebot auswählen kann, zuwider.

165. Zur Überprüfung der Eignung sind von den Bietern entsprechende Nachweise vorzulegen. Bei der Auswahl der Nachweise steht der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu¹⁹⁹, wobei die Verdingungsordnung für Leistungen einige Vorgaben macht. Nach § 7 Nr. 4 und § 7a Nr. 2 VOL/A (Abschnitt 2) können geeignete Nachweise der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gefordert werden. Dazu zählen nach den Leitlinien des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) in der Kategorie „Fachkunde“ Kenntnisse und Erfahrungen im Umgang mit den Spezifika des öffentlichen Sektors (unter anderem Bekanntgabe-, Zustellungs- und Datenschutzbestimmungen) für das einzusetzende Personal, gegebenenfalls der Einsatz von Fachkräften mit einschlägigen Berufsabschlüssen (Fachkraft für Kurier-, Express- und Postdienstleistungen). Zur Kategorie „Leistungsfähigkeit“ gehört die Angabe finanzieller Größen wie der Umsatz allgemein und mit dem Auftragsgegenstand vergleichbarer Leistungen, die Existenz der erforderlichen Infrastruktur, Produktionssysteme, Transportlogistik, Schulungs- und Qualifizierungsprogramme, Unterlagen zur Betriebsorganisation und Struktur des Unternehmens, zertifizierte Qualitätsmanagementsysteme und andere Referenzen. In der Kategorie „Zuverlässigkeit“ geht es um etwaige Verstöße gegen Strafgesetze und andere Vorschriften, die Prüfung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Sozialbeiträgen, die Existenz der erforderlichen Lizenzen usw. Als Nachweise empfiehlt der Deutsche Städte- und Gemeindebund die Anforderung von entsprechenden Urkunden, wie z.B. einer Postlizenz der Bundesnetzagentur nach § 5 PostG, den Gewerbezentral- und Handelsregisterauszug des Unternehmens, Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes und der Sozialversicherungsträger, eine Bescheinigung über das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung oder z.B. Eigenerklärungen über Nichtvorliegen von rechtskräftigen Verurteilungen wegen relevanter Straftaten, Insolvenzverfahren oder Liquidation.²⁰⁰ Anhand dieser Nachweise soll die Vergabestelle

196 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, Verg 48/05.

197 Vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 6. August 2004, VK 2-94/04.

198 Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Februar 2009, 11 Verg 19/08.

199 Vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 28. April 2005, VK 1-35/05.

200 Vgl. DStGB, Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, 2007, S. 4 f.

besser beurteilen können, ob ein Bieter bereits für den Auftrag nützliche Erfahrungen besitzt, den Auftrag durchzuführen imstande ist und ob er als gesetzestreu und zuverlässig gilt.

166. Im Rahmen der Eignungsprüfung kommt seit 1. Januar 2008 dem Postmindestlohn eine besondere Bedeutung zu. Die DPAG hatte im August 2007 mit einigen Tochterunternehmen und mittelständischen Briefdienstleistern den Arbeitgeberverband Postdienste e.V. gegründet und gemeinsam mit der Gewerkschaft ver.di einen Mindestlohntarifvertrag für Postdienste ausgehandelt. Daraufhin wurde im Dezember 2007 die Branche der Briefdienstleistungen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen²⁰¹ und der Tarifvertrag am 28. Dezember 2007 auf der Grundlage des § 1 Abs. 3a AEntG (1996) durch die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen für allgemeinverbindlich erklärt und dessen Geltungsbereich auf die gesamte Branche der Briefdienstleistungen ausgedehnt.²⁰² Gegen diese Rechtsverordnung klagten die Unternehmen TNT, PIN und Ridas und der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. vor dem Verwaltungsgericht Berlin. Sie trugen vor, dass sie durch andere Tarifverträge bereits tarifvertraglich gebunden seien und der Postmindestlohntarifvertrag daher keine Geltung für sie entfalten könne. Die Kläger erhielten Recht.²⁰³ Gegen diese Entscheidung legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales unmittelbar Berufung vor dem Oberwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ein. Im Dezember 2008 wies das Gericht die Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz als unzulässig ab.²⁰⁴ Auch dagegen legte das Bundesministerium Berufung ein. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts steht noch aus.

167. Bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage besteht bei der Angebotserstellung für den Bieter stets das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung darüber, ob der für allgemeinverbindlich erklärte Postmindestlohntarifvertrag auf ihn Anwendung findet. Bei den Vergabestellen bestand einige Monate Unsicherheit über die Fragen, welcher Nachweis über die Einhaltung des Mindestlohns gefordert werden kann, und ob ein Bieter, der den Postmindestlohn nicht zahlt, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden darf. In einigen Ausschreibungen wurde eine Eigenerklärung des Bieters über die Zahlung des Mindestlohns verlangt. Allerdings kann die Vergabestelle den Wahrheitsgehalt solcher Erklärungen nur begrenzt verifizieren. Im Zweifelsfall kann die Zollverwaltung befragt werden, die nach § 17 AEntG (2009) für die Überprüfung des Postmindestlohns zuständig ist. Wegen der noch ausstehenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und der damit verbundenen unklaren Rechtslage führt die Zollverwaltung derzeit kaum Kontrollen durch und ahndet Verstöße gegen die Postmindestlohnverordnung nicht. Daher scheidet auch das Gewerbezentralregister als Informationsquelle aus.

168. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die Postmindestlohnverordnung von einer Vergabestelle als Anzeichen für Unzuverlässigkeit des Bieters interpretiert werden und ein Ausschluss erfolgen darf, wurde inzwischen geklärt. Am 16. Dezember 2008 gab die 1. Vergabekammer des Bundes einem Nachprüfungsantrag eines Bieters zu einem Vergabeverfahren der Bundesagentur für Arbeit statt, der sich gegen die geforderte Eigen-

201 Vgl. BGBl. I, Nr. 68 vom 27. Dezember 2007, S. 3140.

202 Vgl. Bundesanzeiger Nr. 242 vom 29. Dezember 2007, S. 8410.

203 Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07.

204 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

erklärung zur Zahlung des Mindestlohns zur Wehr gesetzt hatte. Die Vergabestelle hatte in den Verdingungsunterlagen angegeben, dass Bieter, die die verlangte Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn nicht abgeben, allein deswegen als ungeeignet (wegen Unzuverlässigkeit) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würden. Die Bundesagentur für Arbeit wollte trotz des zum damaligen Zeitpunkt bereits vorliegenden Urteils des Verwaltungsgerichts Berlin, welches die Postmindestlohnverordnung für unbeachtlich erklärt hatte²⁰⁵, an der Forderung einer Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn festhalten. Die 1. Vergabekammer des Bundes argumentierte, die Vorgaben der Mindestlohnverordnung seien kein Gesetz, weswegen eine Tariftreueerklärung in der Ausschreibung nicht gefordert werden dürfe. Ungeachtet dieser Frage könne aber die Zuverlässigkeit eines Bieters im weiteren Verfahren infrage gestellt werden, wenn er Tarifvorgaben missachte.²⁰⁶ Dies habe die Vergabestelle im Einzelfall bei der späteren Wertung des Angebots zu prüfen. Gegen die Entscheidung legte die Bundesagentur für Arbeit Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ein.

169. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte am 29. April 2009 die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes, dass die Forderung von Tariftreueerklärungen in Ausschreibungen nicht ohne Weiteres zulässig sei. Durch den Ausschluss von Bietern vom Vergabeverfahren, wenn diese eine verlangte Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn nicht abgeben, habe die Bundesagentur für Arbeit die von ihr anzustellende Eignungsprüfung der Bieter auf diesen einen Punkt fokussiert. Eine derartige Beschränkung der Eignungsprüfung sei öffentlichen Auftraggebern verwehrt, d.h. ein Ausschluss vom Verfahren alleine wegen der fehlenden Tariftreueerklärung unzulässig.²⁰⁷ Hierbei sei zu berücksichtigen, dass – auch wenn die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache noch aussteht – der Bieter in der Frage der Zulässigkeit der geforderten Tarifbindung eine Rechtsmeinung vertritt, die nicht nur vom Verwaltungsgericht Berlin, sondern inzwischen auch vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg geteilt wird.²⁰⁸ Von daher sei die Tatsache, dass der Bieter die verlangte Tariftreueerklärung verweigert hat, nicht dazu geeignet, seine Zuverlässigkeit (oder Rechtstreue, die als eine Mindestvoraussetzung in den betreffenden Verdingungsunterlagen im Übrigen nicht vorgesehen war) anzuzweifeln, zumal davon auszugehen sei, dass der Bieter seine ablehnende Haltung aufgeben werde, wenn das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vor dem Bundesverwaltungsgericht abgeändert oder aufgehoben werden sollte. Da die verlangte Tariftreueerklärung als Eignungskriterium mit dem von der Bundesagentur für Arbeit gewählten Inhalt rechtlich unzulässig war und die Tarifbindung in den Verdingungsunterlagen nicht als Zuschlagskriterium genannt worden war, könne es sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf nur noch um eine Vertragsklausel, d.h. um eine weitergehende Anforderung an die Auftragsvergabe im Sinne des § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB (a.F.) handeln. Weitergehende Anforderungen dürften nach geltender Rechtslage nur durch Bundes- oder Landesgesetze vorgesehen werden. Die Tarifregelung müsse demzufolge unmittelbar in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz getroffen worden sein. Die Motive des Gesetzgebers widersprächen dem nicht. Nach dem gebotenen Normverständnis handele es sich bei § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB (a.F.) um eine Ausnahmevorschrift, die eng auszulegen sei und eine Tarifrege-

205 Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07.

206 Vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 16. Dezember 2008, VK 1-162/08.

207 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VII Verg 76/08.

208 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

lung in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz fordere. Dieses Verständnis habe der Gesetzgeber auch durch die Wortwahl in § 97 Abs. 2 und Abs. 4 GWB vorgegeben. So solle nach § 97 Abs. 2 GWB eine Benachteiligung von Teilnehmern am Vergabeverfahren „auf Grund“ des Gesetzes zugelassen werden können. Wenn § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB (a.F.) hingegen lautet, weitergehende Anforderungen dürften nur gestellt werden, wenn diese „durch“ Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen seien, sei daraus zu schließen, dass das Gesetz selbst die Tarifregelung (und wenn auch nur durch eine Bezugnahme) aufweisen müsse. Daran fehle es in diesem Fall. Der Tarifvertrag vom 29. November 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen sei nicht durch Gesetz im formellen Sinn, sondern durch die Postmindestlohnverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 28. Dezember 2007 für verbindlich erklärt worden.^{209,210}

Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes und ihre Bestätigung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf. Sie hat sich bereits in ihrem letzten Postgutachten gegen die Einführung des überhöhten Mindestlohns im Postsektor, der die Entfaltung von Wettbewerb wie erwartet massiv behindert hat, ausgesprochen.²¹¹ Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die Postmindestlohnverordnung, die bereits vom Verwaltungsgericht Berlin und vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg für unbeachtlich erklärt wurde, bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage keine zwingende Voraussetzung mehr für den Zuschlag öffentlicher Aufträge ist.

3.6.5 Subunternehmereinsatz

170. Bei Postdienstleistern ist gängige Praxis, für Teile der postalischen Prozesskette und/oder für bestimmte Regionen konzernerneigene oder konzernfremde Subunternehmen einzusetzen. Dies gilt für die DPAG ebenso wie für ihre Wettbewerber. So ist z.B. die DPAG wegen ihres flächendeckenden Netzes von Briefzentren auch für ihre Wettbewerber tätig. Die Übertragung von Leistungen auf Subunternehmen ist daher regelmäßig Bestandteil der Angebote in öffentlichen Ausschreibungen. Werden Subunternehmer eingesetzt, hat die ausschreibende Stelle auch deren Eignung zu prüfen. Dazu wird von der Vergabestelle in der Regel die Vorlage der Postlizenz nach § 5 PostG nicht nur von dem Bieter, sondern auch von den eingeplanten Subunternehmern verlangt. Beruft sich ein Bieter auf die Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers, so muss er einen sog. Verfügbarkeitsnachweis erbringen, also nachweisen, dass er auf die Ressourcen des Subunternehmens (oder der Bietergemeinschaft) bei der Auftragsausführung auch tatsächlich zugreifen kann. Nach einer Entscheidung der Vergabekammer Thüringen²¹² ist allerdings die alleinige Abgabe entsprechender „Verpflichtungserklärungen“ dieser Unternehmen unzureichend; der Nachweis ist umfassender zu führen. Er müsse aber nicht zeitgleich mit dem Angebot vorgelegt werden. Weder die nationale Verdingungsordnung für Leistungen noch die europäische Richtlinie 2004/18/EG legen dafür einen be-

²⁰⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VII Verg 76/08.

²¹⁰ Ob und wie weit die Einhaltung von nicht verbindlichen Tarifabschlüssen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts Gegenstand von Ausschreibungsbedingungen sein kann, bleibt ausweislich der Gesetzesbegründung offen; vgl. BT-Drs. 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16.

²¹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 51-79.

²¹² Vgl. VK Thüringen, Beschluss vom 11. Februar 2008, 360-4003.20-149/2008-004-EF.

stimmten Zeitpunkt fest. Eine Vorlage nach erfolgter Abgabe des Angebots ist also zulässig. In diesem Zusammenhang urteilte das Oberlandesgericht München, dass es für Bieter in einem Vergabeverfahren unzumutbar sein könne, bereits bei Angebotsabgabe die Benennung der von ihnen einzusetzenden Subunternehmer vorzunehmen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Namen der Subunternehmer und die Verpflichtungserklärungen müssten aber bis spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Vergabestelle ihre Zuschlagserteilung zu treffen beabsichtigt.²¹³

171. Erhebliche Folgen für den Postmarkt dürfte ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg zur Inanspruchnahme von Leistungen der DPAG durch Wettbewerber haben. Ein öffentlicher Auftraggeber hatte Postdienstleistungen für die Justiz im geschätzten Wert von 6 Mio. EUR ausgeschrieben und in der Leistungsbeschreibung unter anderem gefordert, dass der Anbieter sich verpflichten soll, die aufgeführten Leistungen zu einheitlichen Bedingungen zu erbringen und auch beim Einsatz von Subunternehmen alleiniger Vertrags- und Ansprechpartner zu sein. Ein Bieter, der kein flächendeckendes Zustellnetz besitzt und für einen Teil der Sendungen den Teilleistungszugang der DPAG nutzen wollte, wurde von der Vergabestelle ausgeschlossen. Dies war zulässig, urteilte das Gericht. Bei der Nutzung von Teilleistungen der DPAG komme es für die betreffenden Sendungen zum Abschluss von Beförderungsverträgen nicht mehr nach den Bedingungen der Ausschreibung, sondern nach den AGB „Brief National“ der DPAG – und zwar direkt zwischen der DPAG und dem Absender, also nicht dem Bieter als Einlieferer, sondern dem Auftraggeber. Hierbei handele die DPAG nicht als Subunternehmer des Bieters. Deswegen komme es zu einer Leistungsbereitstellung unter geänderten Vertragsbedingungen, was den getroffenen Vorgaben in den Verdingungsunterlagen zuwiderlaufe.²¹⁴

Die Monopolkommission sieht solche Klauseln in den Vergabebedingungen sehr kritisch. Sie stehen den Zielen des Vergabeverfahrens entgegen, einerseits einen Wettbewerb auszulösen und die Vergabestelle in die Lage zu versetzen, aus einer Vielzahl konkurrierender Angebote das wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können, und andererseits den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. In diesem Fall hatte wahrscheinlich kein anderes Unternehmen eine realistischere Chance auf den Zuschlag als die DPAG. Dass Presseinformationen zufolge neben dem Beschwerdeführer insgesamt fünf weitere Unternehmen in dieser Ausschreibung ebenfalls Angebote abgegeben haben, die sich auf den Teilleistungszugang der DPAG stützten und damit aussichtslos waren, zeigt, wie schwer es mitunter ist, die Vertragsbedingungen in Verdingungsunterlagen in aller Konsequenz zu bewerten.

3.6.6 Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung

172. Ein Bieter kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt ist (§ 7 Nr. 5 lit. a VOL/A). In solchen Fällen ist die Leistungsfähigkeit des Bieters zur korrekten Durchführung des Auftrags unsicher. Nach einem Beschluss der Vergabekammer Nordbayern verfügt die Vergabestelle über einen Beurteilungsspielraum bei der Einschät-

²¹³ Vgl. OLG München, Beschluss vom 22. Januar 2009, Verg 26/08.

²¹⁴ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 2. Juli 2009, 1 Verg 2/09.

zung, ob der Bieter noch die erforderliche Eignung aufweist oder ob er auszuschließen ist. Im Einzelfall könne sich dieses Ermessen auf Null reduzieren mit der Folge, dass eine Pflicht zum Ausschluss besteht. Maßgeblich sei unter dem Gesichtspunkt des Eignungsprinzips, ob und in welchem Umfang die Umstände die Leistungsfähigkeit des Bieters und die vertragsgemäße Durchführung des Auftrags infrage stellen. Allein die Einleitung eines Insolvenzverfahrens rechtfertige nicht einen automatischen Ausschluss des Bieters. Ähnliches gilt für Bietergemeinschaften. Haben sich mehrere Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen und meldet ein Mitglied Insolvenz an, so kann der Ausschluss der gesamten Bietergemeinschaft gerechtfertigt sein, ein automatischer Ausschluss ist jedoch unzulässig. Der Auftraggeber hat stets im konkreten Fall zu prüfen, ob die dem Insolvenzverfahren zugrunde liegenden Umstände Auswirkungen auf die Auftragsdurchführung haben, sowie die Ergebnisse zu dokumentieren.²¹⁵

3.6.7 Kooperation mehrerer Auftraggeber

173. Öffentliche Auftraggeber schließen sich verstärkt in Einkaufskooperationen zusammen, um Einsparmöglichkeiten zu nutzen.²¹⁶ Solche Kooperationen bieten sich auch für Ausschreibungen von Postdienstleistungsaufträgen an. Hierbei werden gemeinsame Vergabeunterlagen erstellt und gemeinsame Ausschreibungen durchgeführt oder gemeinsame Vergabestellen eingerichtet, welche die Organisation der Vergabeverfahren übernehmen. Bei solchen Kooperationen können die Aufträge der Kooperationspartner in jeweils einzelnen Losen vergeben werden. In diesem Fall lassen sich durch die gemeinsame Gestaltung der Vergabeunterlagen bzw. die gemeinsame Organisation der Ausschreibung Synergien realisieren. Bei einer gemeinsamen Vergabe sind Rabatte durch die höheren Sendungsmengen möglich. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die Entscheidung über die Bildung von Einkaufskooperationen öffentlicher Stellen einer sorgfältigen Abwägung hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts (z.B. die Mittelstandförderung nach § 97 Abs. 3 GWB) sowie des Kartellrechts bedarf.²¹⁷

3.6.8 Umsatzsteuerbefreiung der Deutschen Post AG

174. Nach § 4 Nr. 11b UStG sind die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ von der Umsatzsteuer befreit. Im Gegensatz zur DPAG müssen alternative Anbieter die Umsatzsteuer auf ihre Postdienstleistungen berechnen. Die öffentlichen Auftraggeber wie Bund, Länder, Kommunen und deren nachgeordnete Behörden sind nicht umsatzsteuerpflichtig und somit nicht vorsteuerabzugsberechtigt, sodass die auf die Leistungen von Wettbewerbern der DPAG anfallenden Steuern für sie kein durchlaufender Posten sind, sondern ihre Kosten tatsächlich erhöhen. Die Umsatzsteuerprivilegierung der DPAG war schon oft Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht eine Anpassung der Steuerbefreiung des

²¹⁵ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 18. September 2003, 320.VK - 3194 - 31/03.

²¹⁶ Siehe z.B. die interkommunale Einkaufskooperation Stadt Reutlingen, Landratsamt Reutlingen, Stadt Metzingen, Stadt Tübingen, Stadt Rottenburg, Diözese Rottenburg-Stuttgart, vgl. z.B. <http://ausschreibungen.dgmarket.com/tenders/adminShowBuyer.do~buyerId=1390373>.

²¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 12. November 2002, KZR 11/01, BGHZ 152, 347-460, Leitsätze des Gerichts. Vgl. außerdem Schindler, S., Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit kommunaler Einkaufsgemeinschaften, Kommunaljurist 1, 2004, S. 121-125.

§ 4 Nr. 11b UStG vor.²¹⁸ Der Entwurf wird jedoch kontrovers diskutiert. Eine endgültige Regelung bleibt vorerst abzuwarten. Bis dahin hat ein öffentlicher Auftraggeber die Angebote auf der Grundlage der Preise einschließlich aller Steuern, d.h. nach ihren Bruttopreisen, zu bewerten. Wie die 2. Vergabekammer des Bundes entschied, sind die vom parlamentarischen Gesetzgeber bewusst geschaffenen Privilegien wie in allen anderen Rechtsbeziehungen, in denen sie sich auswirken können, auch im vergaberechtlichen Wettbewerbsverhältnis zwischen den Bietern hinzunehmen.²¹⁹ Das heißt, weder die ausschreibende Stelle noch die Vergabekammern in Nachprüfungsverfahren dürfen eine erwartete Änderung in der Gesetzgebung und Rechtsprechung vorwegnehmen. Anzuwenden ist geltendes Recht. Bei einem Umsatzsteuersatz von 19 % bedeutet dies für die alternativen Anbieter einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber der DPAG. Dass die geltende Regelung zur Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen zu Wettbewerbsverzerrungen führt, sei – so auch ein Beschluss der Vergabekammer Nordbayern – vergaberechtlich nicht relevant.²²⁰

3.6.9 Sonderproblematik: Postzustellungsaufträge

175. Ein Sonderfall bei der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung sind die Aufträge zur förmlichen Zustellung einer Sendung, sog. Postzustellungsaufträge. Durch die Beförderung einer Sendung als Postzustellungsauftrag ist nachgewiesen, dass ein dort näher identifiziertes Schriftstück dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist. Dieser Nachweis der Zustellung und des Zeitpunktes der Zustellung ist nach den Vorschriften der Prozessordnungen und Verwaltungsverfahrensgesetze z.B. für Klageschriften, Gerichtsurteile oder Beschlüsse mit Terminbestimmungen oder Fristsetzungen erforderlich. Bei der Zustellung von Amts wegen tragen die Gerichte bzw. Behörden die Verantwortung für die Durchführung. Es gibt die Möglichkeit der Zustellung durch eigenes Personal oder einen Postdienstleister, wobei die Zustellung durch Postdienstleister am weitesten verbreitet ist (vor allem wegen Personalmangels bei den Justizbehörden).

176. Vor der Liberalisierung der Postmärkte wurde ausschließlich die Deutsche Bundespost als öffentliche Stelle der bundeseigenen Verwaltung mit der förmlichen Zustellung beauftragt. Heute stehen dafür neben der DPAG einige alternative Anbieter zur Verfügung, die sich zum Teil sogar auf diesen Bereich spezialisiert haben. Jeder Inhaber einer Postlizenz, der Briefzustelldienstleistungen erbringt, ist nach § 33 Abs. 1 Satz 1 PostG verpflichtet, Schriftstücke unabhängig von ihrem Gewicht nach den Vorschriften der Prozessordnung und der Gesetze, die die Verwaltungszustellung regeln, förmlich zuzustellen.²²¹ Bieten die Lizenznehmer nach ihrer gesetzlichen Verpflichtung die förmliche Zustellung an, erfolgt nach § 34 PostG eine Ex-ante-Regulierung ihrer Entgelte durch die Bundesnetzagentur. Eigentlich gelten die Vorschriften zur Entgeltgenehmigung (§§ 19 bis 27 PostG) nur für die Leistungen lizenzpflichtiger Postdienstleistungen, sofern der Anbieter auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. § 34 Satz 4 PostG macht hiervon jedoch eine Ausnahme und unterwirft die Entgelte für Postzu-

²¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/11340, S. 6.

²¹⁹ Vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 7. März 2008, VK 2-13/08, S. 18.

²²⁰ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 24. November 2006, 21.VK - 3194 - 38/06.

²²¹ Nach § 33 Abs. 2 PostG können aus der Verpflichtung nur solche Lizenznehmer entlassen werden, die nicht marktbeherrschend sind, sodass durch die Befreiung von der Verpflichtung eine flächendeckende Verfügbarkeit der Postzustellungsaufträge nicht gefährdet ist.

stellungsaufträge sämtlicher Anbieter einer Ex-ante-Entgeltregulierung, unabhängig vom Kriterium der Marktbeherrschung.

3.6.9.1 Probleme des wirksamen Vertragsschlusses

177. Die Ex-ante-Entgeltregulierung für Postzustellungsaufträge führt für die Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einer Reihe von Problemen, welche die Frage nach dem Sinn der Regelung aufwerfen.²²² Bereits beim Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Bieter lassen sich die widersprüchlichen Vorgaben des Vergaberechts und des Postrechts nur schwer in Einklang bringen. Nach § 19 Nr. 3 VOL/A ist ein Bieter an ein eingereichtes Angebot bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist vertraglich gebunden. Erteilt die Vergabestelle auf dieses Angebot rechtzeitig und ohne Abänderung den Zuschlag, ist damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertrag abgeschlossen (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A)²²³ – zu den Konditionen, wie in dem (ursprünglichen) Angebot beschrieben. Kalkulationsfehler, steigende Beschaffungskosten oder sonstige Kostensteigerungen bei der Leistungsbereitstellung gehen zulasten des Bieters, der den Vertrag gegebenenfalls unter Inkaufnahme von Verlusten erfüllen muss.

178. Nach § 23 Abs. 1 PostG darf ein Lizenznehmer, der mit seinen Entgelten der Genehmigungspflicht unterliegt, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte verlangen. Die Entgelte für Postzustellungsaufträge sind nach § 34 Satz 4 PostG genehmigungspflichtig und haben nach § 34 Satz 3 PostG den Maßstäben des § 20 Abs. 1 und 2 PostG zu genügen. Zwar gelten die §§ 19 und 22 PostG nur für die Entgeltregulierung marktbeherrschender Unternehmen. Weil jedoch § 34 Satz 4 PostG eine Entgeltgenehmigung für Postzustellungsaufträge vorsieht und Satz 3 auf die Maßstäbe des § 20 Abs. 1 und 2 PostG verweist, sind aus Gründen der Systematik auch die nicht explizit in Bezug genommenen Vorschriften der Entgeltkontrolle für marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls für die Anbieter von Postzustellungsaufträgen anzuwenden, soweit sie für die Entgeltkontrolle durch die Regulierungsbehörde erforderlich sind.²²⁴ § 22 Abs. 4 PostG fordert die Veröffentlichung der genehmigten Entgelte im Amtsblatt der Bundesnetzagentur. Wenn die Vergabestelle festlegt, dass ausschließlich Angebote mit genehmigten Entgelten berücksichtigt werden, und genehmigte Entgelte stets im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden müssten, wären allen Teilnehmern der Ausschreibung die Preise ihrer Wettbewerber bekannt. Diese in anderen Vergabeverfahren nicht übliche Transparenz würde eine starke Wettbewerbsverzerrung zugunsten der Anbieter beinhalten, die ihre Entgeltgenehmigungsanträge erst dann stellen, wenn die Entgelte ihrer Konkurrenten bereits genehmigt und im Amtsblatt veröffentlicht wurden. Sie würden deren Preise geringfügig unterbieten und wären deutlich im Vorteil. Die Folge wäre eine empfindliche Störung des Preiswettbewerbs im Bereich der Postzustellungsaufträge. Nachdem die Bundesnetzagentur früher PZA-Entgeltgenehmigungen stets veröffentlichte, hat sie inzwischen auf die genannten Probleme reagiert und unterlässt nunmehr die Veröffentlichung. Die Genehmigung ist immer dann erforderlich, wenn der Bieter nicht auf ein bereits genehmigtes Entgelt zu-

222 Vgl. Grün, A., Ostendorf, P., Ausschreibung von Zustellungsaufträgen und postrechtliche Entgeltregulierung, *Netzwirtschaften & Recht* 2, 2005, S. 144-151.

223 Streng genommen erst mit dem Zugang der entsprechenden Willenserklärung beim Bieter.

224 Vgl. Grün, A., Ostendorf, P., a.a.O., S. 144-151, 146. In der Tendenz ebenso: Badura, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 34 Rn. 6.

rückgreifen kann, z.B. wenn der Auftraggeber eine von der Dienstleistung, die einem genehmigten Entgelt zugrunde liegt, abweichende Leistung nachfragt und der Bieter einen eigens kalkulierten Auf- oder Abschlag erheben muss. In einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Celle wurde in diesem Zusammenhang entschieden, dass, wenn das angebotene Entgelt nicht wie gefordert mit dem genehmigten Entgelt identisch ist, ein Ausschluss vom Verfahren zulässig ist.²²⁵ Wegen der großen Zahl der Entgeltgenehmigungsanträge für Angebote, die später gar keinen Zuschlag erhalten, hat die Bundesnetzagentur an die ausschreibenden Behörden und Gerichte appelliert, auf das Erfordernis bereits genehmigter Entgelte zu verzichten.

179. Wenn ein Bieter sein Angebot auf der Grundlage eines ungenehmigten Entgeltes einreicht und darauf den Zuschlag erhält, ist damit auch ohne Genehmigung nach Vergaberecht ein Vertrag zustanden gekommen. Ein solcher Vertrag ist bis zur Genehmigungserteilung, um die sich der Bieter als nebenvertragliche Verpflichtung bemühen muss, schwebend und im Fall einer rechtskräftigen Verweigerung der Genehmigung nach § 134 BGB i.V.m. § 34 Satz 4 PostG endgültig unwirksam.²²⁶ Eine derartige fehlende Bindung des Bieters an sein Angebot nach erteiltem Zuschlag ist für die streng formalisierten Vergabeverfahren untypisch; § 19 Nr. 3 VOL/A schreibt vor, den Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist vertraglich an sein Angebot zu binden, und § 24 VOL/A sieht ein Verbandsverbot vor. Zweck dieser Vorschriften ist zu verhindern, dass die Unternehmen an ihrem Angebot und die Auftraggeber bei ihren Ausschreibungsunterlagen nachträglich Änderungen vornehmen. Eine Lösung des Konflikts zwischen Post- und Vergaberecht könnte darin bestehen, die Bieter in den Verdingungsunterlagen zu verpflichten, bereits vor Abgabe des Angebots einen Antrag auf Entgeltgenehmigung zu stellen und ihn im Falle des Zuschlags nicht zurückzunehmen, da in diesem Fall selbst angesichts des § 23 Abs. 2 Satz 2 PostG eine rückwirkende Heilung anzunehmen ist.

180. Dagegen beinhaltet eine Ablehnung des Genehmigungsantrags durch die Regulierungsbehörde für den Bieter das Risiko einer Schadensersatzpflicht aus einer Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht nach § 311 Abs. 2 BGB und einer daraus resultierenden Verpflichtung aus § 280 Abs. 1 BGB, wenn das Entgelt nicht den Maßstäben des § 34 Satz 3 PostG i.V.m. § 20 Abs. 1 und 2 PostG genügt und von der Bundesnetzagentur daher nicht genehmigt wird und der Bieter die Genehmigungsfähigkeit seines beantragten Entgeltes schuldhaft verkannt hat. Ob in der Praxis tatsächlich jemals eine Schadensersatzzahlung durch einen Postdienstleister zu leisten sein wird, ist allerdings zweifelhaft. Der sehr überschaubare Fragenkatalog der Bundesnetzagentur, den die Anbieter von Postzustellungsaufträgen im Rahmen ihres Entgeltgenehmigungsantrags beantworten müssen, und die große Bandbreite der in der Vergangenheit genehmigten Entgelte lassen den Schluss zu, dass sich die Prüfungstiefe der Behörde in engen Grenzen hält.

181. Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur können inzwischen nicht mehr nur für einen einheitlichen Preis pro Postzustellungsauftrag erteilt werden, sondern auch für eine Entgeltformel. Legt ein Bieter bei der ausschreibenden Stelle letztere Art von Entgeltgenehmigung vor, obwohl der Auftraggeber eine Entgeltgenehmigung nach dem bisherigen Muster für den angebotenen Preis verlangt, erfüllt der Bieter die Anforderungen

²²⁵ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13. Dezember 2007, 13 Verg 10/07.

²²⁶ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 64. Aufl., 2005, § 134 Rn. 11a.

streng genommen nicht, weil der genaue Preis in der Entgeltgenehmigung nicht explizit enthalten ist. In der Konsequenz wäre der Bieter von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Ob dies tatsächlich erfolgt, hängt von der Vergabestelle ab und ist für den Bieter mit erheblicher Unsicherheit verbunden. Dieser Unsicherheit kann nur durch eine flexible Formulierung der Verdingungsunterlagen durch den Auftraggeber bzw. den rechtzeitigen Antrag bei der Bundesnetzagentur auf Erteilung einer Genehmigung für ein explizites Entgelt entgegengewirkt werden.

182. Entgeltgenehmigungen müssen vollständig vorgelegt werden, wenn die ausschreibende Stelle den Nachweis der Entgeltgenehmigung vorsieht. Bei einer unvollständigen Vorlage der Genehmigung ist das Angebot von der Wertung auszuschließen, so urteilte das Oberlandesgericht München.²²⁷ In dem betreffenden Fall hatte der Bieter mit Hinweis auf ein Geheimhaltungsbedürfnis gegenüber der Vergabestelle nur die Seiten 1 und 2 der Entgeltgenehmigung vorgelegt und war daraufhin ausgeschlossen worden. Ein Geheimhaltungsbedürfnis gegenüber der Vergabestelle bestehe nicht, so das Gericht, da die Angebote vertraulich zu behandeln seien, sodass keine Gefahr bestehe, dass die Unterlagen in die Hände der Wettbewerber gelangten. Der Auftraggeber könne nur nach Vorlage des gesamten Beschlusses zur Entgeltgenehmigung erkennen, welches Entgelt dem Bieter für welche Leistung (einschließlich aller Konditionen) genehmigt wurde und ob diese Leistung mit dem Auftrag der Ausschreibung im Einklang steht. Dies erschließe sich nur aus der vollständigen Entgeltgenehmigung.

3.6.9.2 Probleme der Entgeltgenehmigung

183. Zu ebenso großen Problemen dürften in der Praxis die Maßstäbe der Entgeltgenehmigung nach dem Postgesetz auf der einen Seite und die Preisfindung in dem Vergabeverfahren auf der anderen Seite führen. Nach § 34 Satz 2 PostG ist das Entgelt für Postzustellungsaufträge so zu bemessen, dass alle von dem Anbieter erbrachten Leistungen einschließlich der hoheitlichen Beurkundung und Rücksendung der Beurkundungsunterlagen an den Auftraggeber abgegolten sind. Es darf nur ein einheitliches Entgelt festgesetzt werden, d.h. die Entgelte dürfen nicht nach einzelnen Teilleistungen aufgespalten werden. Nach § 34 Satz 3 PostG haben die Entgelte den Maßstäben des § 20 Abs. 1 und 2 PostG zu genügen, d.h. sie müssen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren und dürfen keine unzulässigen Zu- oder Abschläge enthalten. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die Kosten, die für eine Leistungsbereitstellung nach Effizienzkriterien zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals unabdingbar sind. Hierbei werden also nicht wie beim Vollkostenansatz die realen, historischen Kosten der erbrachten Leistung zugrunde gelegt. Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist damit wesentlich strenger als der Vollkostenansatz, sodass die darüber ermittelten Entgelte in der Regel deutlich günstiger sein sollten.²²⁸ Nähere Vorgaben für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung enthält die Post-Entgeltregulierungsverordnung auf der Grundlage des § 21 Abs. 4 PostG. Die Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung folgen dem „Top-down“-Ansatz, d.h. sie stellen auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab, und sehen im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung

²²⁷ Vgl. OLG München, Beschluss vom 29. November 2007, Verg 13/07.

²²⁸ Vgl. Kühling, J., Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, S. 290 ff.

vor.²²⁹ § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 2 PEntgV verlangen von den Unternehmen Kostennachweise mit einer getrennten Aufstellung der veranschlagten Einzel- und Gemeinkosten. Im Rahmen der Kostennachweise sind nach § 2 Abs. 2 Satz 3 PEntgV weitere Nachweise zu leisten, insbesondere zur Ermittlungsmethode der Kosten, zur Höhe der Personalkosten, der Abschreibungen, der Zinskosten des eingesetzten Kapitals und der Sachkosten sowie zur Kapazitätsauslastung.

184. Die Bundesnetzagentur kann einen Entgeltantrag ablehnen, wenn das Unternehmen die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig vorlegt (§ 2 Abs. 3 PEntgV), sie muss es aber nicht. Liegen alle Angaben des Unternehmens für den Entgeltantrag vor, ermittelt die Behörde, ob und inwieweit sich die beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren (§ 3 Abs. 1 Satz 1 PEntgV), wobei nach § 3 Abs. 2 PEntgV ein „angemessener Gewinnzuschlag“ zu berücksichtigen ist. Hierbei prüft die Behörde insbesondere, ob bei der Ermittlung, Berechnung und Zuordnung der Kosten allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze zugrunde gelegt werden. Hat die Bundesnetzagentur das adäquate Entgelt ermittelt, sind im zweiten Schritt die Einschränkungen des § 20 Abs. 2 PostG zu berücksichtigen: Genehmigungsfähige Entgelte dürfen nach Nr. 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, sie dürfen nach Nr. 2 keine Aufschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und sie dürfen nach Nr. 3 einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Zu diesen Ausnahmetatbeständen zählen die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, die Kosten für die Erbringung des Universaldienstes und für die Altlasten, die der DPAG aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstehen.

185. § 20 Abs. 2 Nr. 1 PostG ist materiell-rechtlich betrachtet das sektorspezifische Pendant zum kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV (ex-Art. 82 Satz 2 lit. a EGV). Dass der Gesetzgeber über den § 34 PostG sämtliche Entgelte für Postzustellungsaufträge, auch die von nicht marktbeherrschenden Unternehmen, einer Ex-ante-Regulierung unterwirft, wird von der Monopolkommission als grundsätzlich verfehlt angesehen. Für die Wettbewerber der DPAG trifft die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift, nämlich die marktbeherrschende Stellung zur Realisierung missbräuchlicher Aufschläge, nicht zu. Die Bemessung des Entgeltes an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hat das Ziel, auf vermachteten Märkten ein Ergebnis herbeizuführen, das sich (mutmaßlich) bei funktionierendem Wettbewerb von allein einstellen würde. Unter Wettbewerbsbedingungen ist die Durchsetzung von Preisen, die auf Ineffizienzen basieren, unmöglich. Im Bereich der Postzustellungsaufträge wird durch die Ausschreibungen, die Gerichte und Behörden aufgrund des Vergaberechts durchführen, bereits ein intensiver Wettbewerb – manche Marktteilnehmer behaupten: ein ruinöser Preiswettbewerb – unter den Anbietern ausgelöst, sodass sich die Entgelte unter dem damit verbundenen Rationalisierungsdruck ohnehin an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren werden. Ein Ausbeutungsmisbrauch durch zu hohe Preise dürfte im Bereich der Postzustellungsaufträge nicht festgestellt werden,

²²⁹ Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 41.

auch weil überteuerte Angebote immer dann keinen Zuschlag erhalten, sobald mehrere Anbieter an der Ausschreibung teilnehmen. Eine wirksame Ex-post-Kontrolle für die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen – in erster Linie zur Verhinderung von Kampfpreisstrategien – ist hinreichend.

186. § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG richtet sich gegen Kampfpreisstrategien („predatory pricing“), die von marktbeherrschenden Unternehmen verfolgt werden, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, wobei die zunächst hohen Kosten durch spätere Monopolgewinne überkompensiert werden sollen. Unverständlich ist, warum diese Regelung im Bereich der Postzustellungsaufträge auch für nicht marktbeherrschende Anbieter Anwendung finden soll. Dass sich diese Unternehmen im Wettbewerb gegenseitig zu unterbieten versuchen, ist eine gewollte Erscheinung funktionierender Wettbewerbs. Wann ihre Preise zu niedrig sind, bestimmt das Postgesetz im Übrigen nicht. Maßstäbe dafür liefert die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Nach der sog. Akzo-Formel des Gerichtshofs^{230,231} sind Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten²³² in der Regel missbräuchlich. Preise oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten sind betriebswirtschaftlich vernünftig und geben kein Anlass zur Annahme von Marktmachtmissbrauch. Preise zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten sind ebenfalls unkritisch, solange ihnen keine Verdrängungsabsicht zugrunde liegt. Ein Anzeichen für eine Verdrängungsabsicht ist nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs erst dann gegeben, wenn diese Preise selektiv zur Abwerbung von Kunden des Konkurrenten angeboten werden. Die Wettbewerber der DPAG dürfen ihre Entgelte für Postzustellungsaufträge also so gestalten, dass sie ohne Marge arbeiten, was für die Kundenakquise eine rationale Strategie sein kann. Sie dürfen auch Entgelte anbieten, die zunächst Verluste bedeuten, sofern der Preis nicht unter ihre durchschnittlichen variablen Kosten fällt und sie nicht nachweislich das Ziel verfolgen, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Es ist zweifelhaft, ob die Bundesnetzagentur je einen Anlass geben wird, die Angebote nicht marktbeherrschender Unternehmen in einer Ausschreibung auf eine Kampfpreisstrategie hin zu prüfen. Allein die DPAG bringt momentan die finanziellen Ressourcen auf, über einen längeren Zeitraum einen Auftrag mit Verlusten durchzuführen. Zudem haben öffentliche Auftraggeber darauf zu achten, dass keiner der Bieter mit Dumpingpreisen arbeitet. Ist ein Angebot für die zu erbringende Leistung ungewöhnlich niedrig, muss die Vergabestelle nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A vor dem Zuschlag an den betreffenden Bieter die Einzelposten seines Angebots überprüfen und alle erforderlichen Nachweise verlangen.

187. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG überträgt das aus dem Kartellrecht bekannte Preisdiskriminierungsverbot durch marktbeherrschende Unternehmen nach § 20 Abs. 1 GWB und Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV (ex-Art. 82 Satz 2 lit. c EGV) auf die nach dem Postgesetz genehmigungspflichtigen Entgelte. Dieser Vorschrift zufolge sind differenzierte Entgelte für verschiedene Nachfrager gleichartiger Postdienstleistungen nur bei einem sachlich gerechtfertigten Grund zulässig, wie z.B. bei mengenmäßigen oder regionalen Kostenunterschieden. Diese Regelung ist aus zwei Gründen problematisch. Erstens soll das

²³⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991, Rs. 62/86, Akzo, Slg. 1991, 3359, 3360 f.

²³¹ Es ist zu beachten, dass die darin entwickelten Beurteilungsmaßstäbe für marktbeherrschende Unternehmen entwickelt worden sind und sich die Logik nur begrenzt auf nicht marktbeherrschende Anbieter übertragen lässt.

²³² Die durchschnittlichen variablen Kosten dienen hier als Proxy für die schwerer festzustellenden Grenzkosten.

Preisdifferenzierungsverbot verhindern, dass durch die Diskriminierung gewerblicher Kunden unterschiedliche Ausgangsbedingungen und damit Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten ausgelöst werden. Im Bereich der Postzustellungsaufträge fehlt jedoch die Notwendigkeit für diese Regelung. Gerichte und Behörden konkurrieren nicht miteinander, vor allem nicht über ihre Gebührensätze. Wenn das Vergaberecht den Preiswettbewerb intensivieren soll, ist es geradezu widersinnig, dass ein Anbieter nur ein und denselben Preis erheben darf, bezogen auf eine Region und für vergleichbare Sendungsmengen. Es ist doch gerade das Ziel des Vergabeverfahrens, dass nicht alle öffentlichen Einrichtungen den gleichen – mutmaßlich zu hohen – Preis zahlen müssen. Zweitens reduziert die Vorschrift die Bereitschaft der Anbieter für Preissenkungen. Nach § 23 Abs. 1 PostG ist ein Postdienstleister, der mit seinen Entgelten der Genehmigungspflicht unterliegt, wie im Bereich der Postzustellungsaufträge, verpflichtet, ausschließlich genehmigte Entgelte zu verlangen. Verträge, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, sind nach § 23 Abs. 2 Satz 1 PostG mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des früherer vertraglich vereinbarten Entgelts tritt. Mit anderen Worten: Ein Anbieter, der in einer bestimmten Region bereits über ein genehmigtes Entgelt verfügt, muss bei einer Ausschreibung entweder auf sein bereits genehmigtes Entgelt zurückgreifen – das seine Wettbewerber unter Umständen schon kennen – oder ein neues Entgelt beantragen, wobei das neu genehmigte Entgelt dann auch für die Altverträge des Anbieters mit anderen Kunden Anwendung finden muss, wenn es sich um dieselbe Region und vergleichbare Sendungsmengen handelt. § 23 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG wirkt damit ähnlich wie eine vertragliche Meistbegünstigungsklausel, mittels derer sich ein Anbieter gegenüber einem Kunden verpflichten kann, anderen Kunden keine besseren Konditionen zu gewähren oder diese vorteilhafteren Konditionen an ihn weiterzureichen. Der Anbieter wird antizipieren, dass ein niedrigeres Entgelt im Falle des Zuschlags Auswirkungen auf die Umsätze mit seinen Altkunden hat und möglicherweise schon deshalb von einer Entgeltsenkung absehen. Insgesamt behindern das Preisdiskriminierungsverbot und die Vorschrift des § 23 Abs. 2 Satz 1 PostG den Preiswettbewerb im Bereich der Postzustellungsaufträge eher, anstatt ihn zu fördern.

3.6.10 Fazit und Empfehlungen

188. Da viele öffentliche Auftraggeber in den letzten Monaten von der reinen Fokussierung auf die Preise Abstand genommen haben und bei öffentlichen Ausschreibungen neben dem Entgelt die Qualität der Auftragsdurchführung eine stärkere Rolle spielt, ist die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ungleich komplizierter geworden, weil qualitative Anforderungen in Form geeigneter und rechtlich zulässiger Eignungs- und Zuschlagskriterien gefasst werden müssen. Für die potentiellen Bieter steigt mit den komplexeren Auftragsbedingungen der Aufwand für die Erstellung geeigneter Angebotsunterlagen einschließlich aller erforderlichen Nachweise und die Unsicherheit, aufgrund eines Formfehlers oder anderer – oftmals unvorhergesehener – Begleitumstände vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Monopolkommission schlägt vor, die Kompetenzen der Bundesnetzagentur künftig auf die Beratung der öffentlichen Stellen bei Ausschreibungen von Verträgen über Postdienstleistungen zu erweitern, um die Erstellung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsunterlagen mit entsprechenden Eignungs- und Zuschlagskriterien zu vereinfachen.

189. In der Gesamtschau ist festzustellen, dass mit dem Vergaberecht und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung für Postzustellungsaufträge zwei Bereiche nebeneinander stehen, die nicht aufeinander abgestimmt sind, wodurch in der Praxis erhebliche Probleme entstehen. Die Monopolkommission hält die Ex-ante-Entgeltregulierung der Postzustellungsaufträge nach § 34 PostG für einen Systemfehler im Postgesetz und schlägt vor, die Regulierung in diesem Bereich auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle marktbeherrschender Unternehmen zurückzuführen. Durch die Ausschreibungen, die Gerichte und Behörden unter Maßgabe des Vergaberechts durchführen, wird bereits ein intensiver Wettbewerb unter den Bietern ausgelöst. Ein Ausbeutungsmissbrauch durch zu hohe Preise ist in diesem Bereich nicht zu erwarten, weil überbeuerte Angebote keinen Zuschlag erhalten. Die Preissetzung und der unternehmerische Gestaltungsspielraum nicht marktbeherrschender Unternehmen sollte durch Eingriffe der Bundesnetzagentur, deren Ziel fraglich ist, nicht beeinflusst werden. Gering ist auch das Risiko, dass nicht marktbeherrschende Unternehmen Kampfpreisstrategien verfolgen, um Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen. Alleine die DPAG bringt die finanziellen Mittel auf, einen bedeutenden Auftrag mit Verlusten durchzuführen. Das Preisdiskriminierungsverbot verfehlt im Bereich der Postzustellungsaufträge seinen Zweck, weil Gerichte und Behörden nicht miteinander konkurrieren und Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten ausbleiben. Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 Satz 1 PostG mindert die Anreize der Anbieter, ihre Entgelte zu senken, deutlich und ist damit kontraproduktiv. Eine wirksame Ex-post-Kontrolle für die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen ist hinreichend.

4. Rechtliche und sonstige Fragen

4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes

190. § 44 Satz 2 PostG verweist auf die §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG (1996).²³³ Darin werden unter anderem die Errichtung, der Sitz, die Rechtsstellung und Organisation der Regulierungsbehörde, die Aufsicht durch die Regulierungsbehörde, das Verfahren vor der Regulierungsbehörde sowie der Tätigkeitsbericht und die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde mit anderen Stellen geregelt. Im Rahmen der TKG-Novelle vom Juni 2004²³⁴ wurden die Vorschriften, auf die das Postgesetz verweist, umfangreich überarbeitet und die Nummerierung der Paragraphen im Telekommunikationsgesetz geändert. Zusätzliche Veränderungen erfuhren die betroffenen Vorschriften durch das „Gesetz zur Veränderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“ (Art. 2) im Februar 2007.²³⁵ Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Postgutachten darauf hingewiesen, dass infolge dieser Veränderungen Rechtsunsicherheit darüber entstanden ist, wie weit die Verweisungsnorm des Postgesetzes nun reicht.²³⁶ Das Telekommunikationsgesetz von 1996 ist gemäß § 152 Abs. 2 TKG 2004 am 26. Juni 2004 außer Kraft getreten, insofern geht die Bezugnahme nach dem Wortlaut des § 44 Satz 2 PostG bereits seit der TKG-Novelle von 2004 ins Leere. Dass der Verweis weiterhin für die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes in der aktuellen Fassung gilt, die sich inhaltlich nicht verändert haben, ist unstrittig. Weniger eindeutig ist die Frage, ob auch neu in das Telekommunikationsgesetz aufgenommene Vorschriften im Sinne einer dynamischen Verweisung auf den Postbereich zu übertragen sind oder nicht.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat dies insofern verneint, als es in zwei Fällen eine Revision im Postbereich für unstatthaft erklärt hat, die sich auf § 137 Abs. 3 TKG 2004 stützten.²³⁷ In § 137 Abs. 3 TKG 2004 wird die Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen. Gegen das Urteil kann damit nur noch Revision beim BVerwG eingelegt werden. Das oberste Gericht hält eine entsprechende Anwendung des § 137 Abs. 3 TKG 2004 auf den Postsektor auch dann für ausgeschlossen, wenn die Verweisungsnorm des § 44 Satz 2 PostG dahin verstanden wird, dass die Verweisung nicht auf die dort genannten Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 1996 beschränkt ist, sondern sich seit dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2004 auf die inhaltlich entsprechenden Bestimmungen dieses Gesetzes erstreckt, weil § 137 Abs. 3 TKG 2004 im Telekommunikationsgesetz 1996 und damit auch im Verweisungskatalog des § 44 Satz 2 PostG keine inhaltliche Entsprechung finde. Mit anderen Worten: Vorschriften, die vollständig neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurden, können nicht im Sinne einer dynamischen Verweisung im Postgesetz interpretiert und im Postbereich angewendet werden.²³⁸

233 Vgl. BGBl. I, Nr. 39 vom 31. Juli 1996, S. 1120.

234 Vgl. BGBl. I, Nr. 29 vom 25. Juni 2004, S. 1190.

235 Vgl. BGBl. I, Nr. 5 vom 23. Februar 2007, S. 106.

236 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 117-120.

237 BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, BVerwG 6 B 78.05; dass., Beschluss vom 28. März 2006, BVerwG 6 C 13.05.

238 Es erscheint zunächst widersprüchlich, dass das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des § 137 TKG 2004 im Postbereich verneint, während die Bundesnetzagentur und die Gerichte mit dem § 138 TKG 2004 eine Regelung des Telekommunikationsgesetzes 2004 im Postbereich anwen-

4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

191. Mit der Frage der Verweisung in § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz verbunden ist das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur (§ 81 TKG 1996 bzw. § 121 TKG 2004). Nach § 121 TKG 2004 umfasst die Berichtspflicht der Monopolkommission insbesondere die Würdigung der Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und die Wettbewerbsaufsicht. Im Rahmen der TKG-Novelle vom Februar 2007 hat der Gesetzgeber den Satz 3 in die Vorschrift des § 121 Abs. 2 TKG eingefügt, der die Tätigkeit der Monopolkommission regelt. Nach Satz 3 kann die Monopolkommission „Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“²³⁹ Bei der Ergänzung des § 121 Abs. 2 TKG 2007 handelte es um eine Präzisierung der bestehenden Regelung, um in diesem Punkt Rechtssicherheit zu schaffen. Solche Präzisierungen von Gesetzesvorschriften sollten im Zuge einer dynamischen Verweisung in jedem Fall auch auf das Postgesetz übertragen werden. Dem steht auch das bereits erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Für eine tiefer gehende Umsetzung ihres Gutachtenauftrags ist die Monopolkommission auf die Einsicht in die Verfahrensakten der Bundesnetzagentur angewiesen; die Durchführung ihres gesetzlichen Auftrags zu erleichtern, ist Aufgabe aller staatlichen Einrichtungen, auch die der Bundesnetzagentur. Diese hatte der Monopolkommission das Akteneinsichtsrecht im Berichtszeitraum 2006/2007 allerdings verweigert, d.h. der Monopolkommission stehen bislang nur die öffentlich zugänglichen Versionen der Entscheidungen der Regulierungsbehörde zur Verfügung. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, eine Befugnis, die im Telekommunikationsbereich vom Gesetzgeber für so wichtig erachtet wird, dass sie explizit ins Gesetz aufgenommen wird, im Postbereich zu verweigern. Auch im Kartellrecht hat die Monopolkommission ein Akteneinsichtsrecht (§ 46 Abs. 2a GWB). Für eine bessere Beurteilung der Marktverhältnisse und die daran anknüpfende Ableitung von Handlungsempfehlungen ist die Monopolkommission auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme in Akten mit geheimhaltungsbedürftigen Unternehmensinformationen angewiesen. Die darin enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse machen eine gesetzliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur erforderlich.

192. Diese gesetzliche Regelung sollte entweder eine dynamischen Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz oder aber – was die Monopolkommission im Hinblick auf eine Verselbstständigung des Postregulierungsrechts aus-

den, die in dessen Fassung von 1996 nicht existierte. § 138 Abs. 1 TKG 2004 legt fest, dass die Bundesnetzagentur anstelle des Bundeswirtschaftsministeriums über die Vorlage von Unterlagen bei Gericht entscheidet. § 138 Abs. 2 TKG 2004 sieht vor, dass das Gericht in der Hauptsache auf Antrag eines Beteiligten darüber entscheidet, ob Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen. Für den § 138 Abs. 1 TKG 2004 mag dies jedoch gerechtfertigt sein, weil diese Vorschrift bereits durch Art. 18 Nr. 3 des Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes von Mai 2002 als § 75a in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurde (BGBl. I, Nr. 29 vom 10. Mai 2002, S. 1529). Durch die Verweisung im Postgesetz auf die §§ 74 bis 81 TKG bestand dann, ausgehend von einer dynamischen Verweisung, auch ein Verweis auf den neuen § 75a. Die Anwendbarkeit des § 75a TKG auf den Postbereich wurde vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt; vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. August 2003, 20 F 3.03.)

²³⁹ Art. 2 Nr. 23 des Gesetzes zur Veränderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I, Nr. 5 vom 23. Februar 2007, S. 114.

drücklich befürwortet – eine explizite Befugnisnorm für die Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur beinhalten. Diese Regelung kann inhaltlich der im Telekommunikationsgesetz enthaltenen Norm entsprechen. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Postgutachten folgenden Formulierungsvorschlag gemacht:²⁴⁰

1) Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs beurteilt, die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes würdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. Das Gutachten soll bis zum 30. November eines Jahres abgeschlossen sein, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgelegt wird. Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Für den vertraulichen Umgang mit den Akten gilt § 46 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.

2) Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. Bei Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt werden.

Falls sich der Gesetzgeber entschließt, lediglich die Verweisungen im Postgesetz zu aktualisieren, sollte zumindest aus der Gesetzesbegründung klar hervorgehen, ob die Verweisung künftig statisch oder dynamisch zu verstehen ist, damit bei einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes die derzeitigen Probleme nicht wieder neu entstehen.

193. In ihrer Stellungnahme zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission äußerte sich die Bundesregierung dahingehend positiv, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstütze. Die Bundesregierung sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im Energiewirtschaftsgesetz und im Postgesetz ein dem § 46 Abs. 2a GWB und § 121 Abs. 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird.²⁴¹ In ihrer Stellungnahme zum letzten Postgutachten der Monopolkommission stellte die Bundesregierung in Aussicht, im Rahmen der Anpassung des Postgesetzes an die Postrichtlinie 2008/6/EG zu prüfen, inwieweit dem Vorschlag, statt der Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz die entsprechenden Vorschriften explizit in das Postgesetz aufzunehmen, Rechnung getragen werden kann.²⁴²

²⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 123.

²⁴¹ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007, BT-Drs. 16/10140 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

²⁴² Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zu den Tätigkeitsberichten 2006/2007 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen für die Bereiche Telekommunikation und Post und zu den Sondergutachten 50 und 51 der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung“ und „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“, BR-Drs. 581/08 vom 14. August 2008, Tz. 62.

5. Handlungsempfehlungen der Monopolkommission

194. Die Monopolkommission hat eine weitgehend stagnierende Wettbewerbsentwicklung bei Briefdienstleistungen festgestellt und sieht als deren Ursachen insbesondere zahlreiche institutionelle und regulatorische Hindernisse und Wettbewerbsbeschränkungen. Die Monopolkommission gibt folgende Handlungsempfehlungen zu den im Gutachten behandelten Themenkomplexen:

Mindestlöhne im Briefbereich

- Streichung des § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG hinsichtlich der Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel; Streichung des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG hinsichtlich des Erfordernisses der Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen (sog. Sozialklausel). Alternativ: Veränderung des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG dahingehend, dass die Löhne, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden, als Maßstab genommen werden
- Zurückstellung der Ahndung von Verstößen gegen die Postmindestlohnverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage; Verzicht auf den Erlass einer neuen Postmindestlohnverordnung auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in der Fassung von 2009 nach Ablauf der bestehenden Rechtsverordnung (befristet bis zum 30. April 2010)
- Anhörungsrecht für das Bundeskartellamt bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister zu der Frage, welche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den betreffenden Produktmärkten zu erwarten sind

Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen

- Kurzfristig: Anpassung der Steuerbefreiungsvorschrift dahingehend, dass alle Universaldienstleistungen nach nationalem Universaldienstkatalog erfasst sind, die von öffentlichen oder privaten Unternehmen angeboten werden, welche sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil dessen flächendeckend zu erbringen
- Mittelfristig: Initiative auf europäischer Ebene für eine baldige Verabschiedung des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission vom 5. Mai 2003, welcher eine Mehrwertsteuerpflicht für sämtliche Postdienstleistungen vorsieht (Änderung der Richtlinie 77/388/EWG). Dies beinhaltet eine wettbewerblich neutrale Lösung der Besteuerung von Postdienstleistungen, die sicherstellt, dass alle Anbieter für die gleichen Dienstleistungen steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind.

Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

- Streichung des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG und des § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV, damit künftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Damit entfällt die Möglichkeit, Mehrkosten für die Erbringung des Universaldienstes, die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen und Sonderlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost anzuerkennen. Bisher berücksichtigt

die Bundesnetzagentur solche Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung, macht aber keine Angaben darüber, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden.

- Veränderung der Maßgrößen der Price-Cap-Regulierung: Absenkung des Ausgangsentgeltniveaus und Erhöhung des X-Faktors für die laufende Regulierungsperiode; Entwicklung eines nachvollziehbaren Konzepts zur Ermittlung des X-Faktors analog zur Vorgehensweise bei der Vorbereitung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft
- Implementierung einer dem § 38 Abs. 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz hinsichtlich der Anzeigepflicht für Entgelte zwei Monate vor Inkrafttreten bzw. sofort nach Vertragsschluss (bei Individualvereinbarungen) zur Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur. Alternativ: Ausdehnung des § 30 PostG auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen, d.h. Vorlagepflicht für Verträge innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss
- Implementierung einer dem § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz, damit Dritte ein Antragsrecht zur Eröffnung von Verfahren zur Untersuchung von etwaigem Marktmachtmissbrauch durch die Bundesnetzagentur erhalten
- Implementierung eines analytischen Kostenmodells zur Begrenzung der Informationsasymmetrien bei der Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten marktbeherrschender Anbieter; Entwicklung von Kriterien zur Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen

Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

- Erweiterung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur auf die Beratung öffentlicher Auftraggeber hinsichtlich der Formulierung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsbedingungen
- Beschränkung der Regulierung im Bereich der Postzustellungsaufträge auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle für die Angebote marktbeherrschender Unternehmen

Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter

- Schnellstmögliche Trennung von allen Finanzinstrumenten, die dazu führen, dass der Bund ein finanzielles Interesse an der Gewinnsituation der DPAG hat. Alternativ: Verbleib etwaiger Gewinne aus dem Verkauf der Anteile bei der KfW Bankengruppe

Sonstige Empfehlungen

- Explizite Aufnahme der Vorschriften, auf die in § 44 Satz 2 PostG verwiesen wird, ins Postgesetz sowie – damit verbunden – ausdrückliche Einräumung des Rechts der Monopolkommission zur Einsichtnahme in die Akten der Bundesnetzagentur
- Abschaffung der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein zugunsten gleicher Rechte und Pflichten für sämtliche Anbieter grenzüberschreitender Postdienstleistungen. Alternativ: Ausschreibung dieser Rolle unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern

Bonn, im Dezember 2009

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker Christiane zu Salm Angelika Westerwelle Daniel Zimmer